

Les Arrhes en droit français

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

le 30 novembre 1935

PAR

J. REDOUIN

Président : M. HAMEL.

Assesseurs : M. MOREL.

M. AMIAUD.

Imprimerie GEORGES SUBERVIE

21, Rue de l'Embergue, 21

RODEZ

Les Arrhes en droit français

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Université de Paris -- Faculté de Droit

Les Arrhes en droit français

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue

le 30 novembre 1935

PAR

J. REDOUIN

Président : M. HAMEL.

Assesseurs : M. MOREL.

M. AMIAUD.

Imprimerie GEORGES SUBERVIE

21, Rue de l'Embergue, 21

RODEZ



A MA MÈRE.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Nous avons cru intéressant d'étudier les arrhes en Droit français, car c'est une institution qui est fort peu connue et dont l'utilité n'est pourtant point contestable. Pour beaucoup de gens, l'usage des arrhes a complètement disparu de nos transactions et une étude de cette institution présente tout au plus un intérêt historique. Nous prétendons, au contraire, que la pratique des arrhes n'a nullement disparu de nos mœurs. Une enquête nous en a révélé l'usage chez les commerçants de détail, dans certains contrats, dans les Bourses de valeurs et de marchandises, chez les agents de change, etc... Ce point de vue personnel est confirmé par la jurisprudence assez abondante que nous avons pu recueillir sur ce sujet : nous ferons en effet état, au cours de cette étude, de plus de soixante décisions dont vingt-huit postérieures à la guerre. Parmi celles-ci, figurent un arrêt de principe de la Cour de cassation et six arrêts de cette juridiction postérieurs à 1930. Notre sujet ne peut donc mériter le reproche d'être vieilli et de manquer d'actualité. Nous croyons même faire œuvre utile en précisant le fonctionnement de cette institution, les droits qu'elle confère et les conséquences qu'elle entraîne.

Nous limiterons notre étude au Droit français. Loin de méconnaître l'utilité du Droit comparé — c'est même en suivant des cours sur l'étude comparée des obligations en France et en Suisse que ce sujet nous a été inspiré —, nous croyons cependant que l'étude du Droit français sur ce point devait précéder tout autre travail. En effet, la matière des arrhes a fait l'objet à l'étranger — en Suisse et en Italie notamment — de nombreuses

études et même de dispositions législatives. Avant de comparer le fonctionnement de cette institution en France et à l'Etranger, il fallait d'abord l'étudier exclusivement en France, d'autant plus que, sur ce point, les textes sont insuffisants et la doctrine inexistante; c'est la pratique des affaires qui a fait des arrhes ce qu'elles sont actuellement : nous ne ferons donc allusion aux législations étrangères qu'accessoirement.

Notre étude comprendra deux parties, précédées d'un bref historique : tout d'abord, nous « ferons le point », c'est-à-dire que nous examinerons comment les arrhes fonctionnent dans la vie courante; dans une deuxième partie nous exposerons les principes juridiques qui les gouvernent.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

HISTORIQUE

Le mot *arrhes* est d'origine sémitique ⁽¹⁾. La pratique en est très ancienne; elle a été inventée par les peuples sémitiques — Phéniciens, Hébreux, Carthaginois — qui ont été les hommes d'affaires du monde ancien. Les Grecs leur ont emprunté le mot et la pratique, mais cet emprunt s'est fait assez tard puisque le mot ne se trouve pas dans les poèmes homériques. A partir du IV^e siècle avant J.-C. de nombreux littéraires y font allusion ⁽²⁾, et au III^e siècle nous en trouvons trace dans les Actes juridiques grecs ⁽³⁾.

Aristote nous révèle en effet que le pauvre Thalès put, grâce à ses connaissances en astrologie, prévoir dès le commencement de l'hiver que la récolte des olives serait abondante à l'automne suivant, et en conséquence loua à des prix très modérés tous les pressoirs à huile de Millet et de Chio. N'ayant pas assez d'argent pour payer comptant il ne put que donner des arrhes à ses bailleurs. La récolte fut selon les prévisions de Thalès abondante

(1) Le terme contient la racine sémitique « arab ». Sur le sens du mot dans les langues sémitiques, voir LÉONHARD, dans Pauly Wissowa, p. 1223; GENESIUS, Handwerkerbuch, 1899, p. 636; BELOT, Dictionnaire arabe-français, 1920, p. 483.

(2) ISEE, Chiron; ARISTOTE, Politica, I, 4, 5; THÉOPHRASTE, dans Stobaei Anthologium, 1909, p. 129 et suiv. Pour ANTIPHANE et MÉNONDRE, voir Thesaurus græcæ linguæ.

(3) P. MAGD, 26,4 (JOUGUET, Papyrus grecs de Lille, 1912, p. 146)

et les propriétaires d'olives se disputèrent les instruments dont il avait acquis en quelque sorte le monopole. Cette anecdote ne nous révèle pas seulement une expérience économique intéressante, mais nous montre que la pratique des arrhes existait et que celles-ci étaient à la fois la preuve de la conclusion du contrat, un gage et un acompte.

Il semble même résulter du Traité des Lois de Théophraste qu'à Thurium, colonie athénienne, et chez la plupart des peuples grecs, les arrhes remplissaient la fonction de moyen de dédit.

En somme — et ceci est conforme à l'éthymologie (Arra = ἀρραβὼν = gage) — chez les Grecs, les arrhes consistaient en une somme d'argent proportionnée à la valeur de l'objet du contrat. Dès que les arrhes avaient été librement données et reçues, le contrat était parfait et produisait tous ses effets, bien que chaque partie eût encore le droit, tant qu'elle ne l'avait pas exécuté, de se dédire. Les arrhes étaient surtout usitées dans la vente et elles étaient remises par l'acheteur au vendeur. Si le vendeur se dédisait, la loi l'obligeait à payer à l'acheteur la valeur de la chose vendue, c'est-à-dire à racheter en quelque sorte cette chose⁽⁴⁾.

La pratique des arrhes fut importée de Grèce à Rome parmi d'autres usages du commerce maritime ou terrestre. Peut-être fit-elle son apparition au forum romain au II^e siècle avant J.-C. « où Rome apprit à mieux connaître le Grec pour mieux l'asservir »⁽⁵⁾. Toujours est-il que nous trouvons le mot « arrabo » pour la prestance⁽⁷⁾. La forme « arrabo » montre bien que le mot

(4) Cf. P. GIDE, Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines, t. I, p. 440 et suivantes.

(5) Félix SENN, La Dation d'arrhes. Histoire d'une sûreté réelle (*Nouvelle Revue Historique de Droit français et étranger*, 1913, p. 575 et suivantes).

(6) Mostellaria, 648, 1013, il s'agit de l'achat d'une maison; Rudens, 46, 535, 861; Miles, 957; Pœnulus, 1389; Truculentus, 638.

(7) *Hautentimorumenos*, 603.

a été emprunté aux Grecs. D'ailleurs, le grammairien Varro⁽⁸⁾ nous le dit expressément. Au cours des temps, le mot *arrabo* devient « *arra* » mais ce n'est qu'au Bas Empire que l'on voit apparaître le pluriel « *arrae* ». On le trouve pour la première fois dans une Constitution de Caracalla de 216⁽⁹⁾.

Tous les romanistes sont d'accord pour déclarer que, en droit classique, l'*arra* servait uniquement à prouver que le contrat était conclu, qu'on était sorti de la phase précontractuelle des pourparlers pour aboutir au contrat formé. En droit classique par conséquent, le rôle des arrhes est uniquement confirmatoire⁽¹⁰⁾.

Cette fonction se conçoit fort bien dans une vente purement consensuelle, se formant par l'accord seul des parties. Les arrhes prouvaient l'existence du contrat et en même temps fixaient le moment où l'accord avait été fait, moment important puisque, indépendamment de toute tradition, les risques passaient à la charge de l'acheteur. Ainsi, dans une vente d'esclave, après une dation d'arrhes, le contrat était définitivement formé et le prix dû, même si l'esclave venait à mourir aussitôt après la remise des arrhes.

Gaius fait allusion à ce rôle dans deux textes⁽¹¹⁾.

Ces arrhes probatoires étaient modiques. Mais rien ne s'opposait à ce que la somme d'arrhes remise à ce titre soit considérable : dans ce cas, les arrhes données par l'acheteur valaient comme partie du prix, comme acompte.

(8) *De lingua latina*, v. 175.

(9) *C.* 4, 54.

(10) En ce sens : P.-F. GIRARD, *Manuel de Droit Romain*, p. 577; ACCARIAS, *Précis de Droit Romain*, t. 2, n° 411; COLLINET, *Précis de Droit Romain*, t. 2, n° 208; Seul, le Doyen SENN, *op. cit.*, soutient que l'emploi des arrhes dans une vente entraînait non seulement transfert de possession mais de propriété.

(11) *Institutes*, 3, 139, D. 18-1-35 : « *Emptio et venditio contrahitur; quum de pretio convenerit, quamvis nundum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit : nam quod arrhæ nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractus.* »

Parfois même les arrhes comme pactes adjoints à la vente remplissaient une fonction pénitentielle : les parties convenaient que le contrat serait résolu et les arrhes perdues si l'acheteur ne payait pas le reste du prix dans un certain délai : c'est la *lex commissoria* ⁽¹²⁾.

Dans le Droit de Justinien, les arrhes remplissent une autre fonction : celle de moyen de dédit. L'acheteur se réserve la faculté de se retirer du contrat en abandonnant au vendeur les arrhes qu'il lui a remises et le vendeur se réserve la même faculté en remboursant à l'acheteur les arrhes qu'il lui a versées et en y ajoutant une somme égale. C'est la fonction pénitentielle.

Deux textes font état de cette nouvelle fonction ⁽¹³⁾. Une controverse s'est engagée entre tous les romanistes pour savoir si Justinien a innové et quelle est la portée de cette innovation; elle a suscité de nombreuses études et la solution moderne de cette question n'a pas encore rallié tous les auteurs.

La controverse est née du fait qu'il y a — ou qu'il semble y avoir — contradiction entre les deux textes législatifs de Justinien. Citons-les :

CODE : *Si quæ arræ super faciendâ emptione cujus-cumque rei datæ sont sive in scriptis, sive sine scriptis.*

INSTITUTES : *Hoc etenim subsecuto sive in scriptis sive sine scriptis, venditio celebrata est.*

Une première doctrine dite conservatrice soutenait que les arrhes dans le droit de Justinien n'ont pas eu une fonction pénitentielle si le contrat est parfait, que leur rôle de moyen de dédit ne se conçoit que dans les contrats non encore parfaits. Deux courants d'ailleurs au sein de cette doctrine : l'un dit des amendements représenté par Vinnius ⁽¹⁴⁾ et Pothier ⁽¹⁵⁾ qui soutenait

(12) En ce sens : SCÆVOLA, D. 18-3. De lege commissoria, 6 et 8; CARACALLA, C. 4-54. De pactis inter empt, et vend. compositis, 1.

(13) Codex, 4-21; Institutiones, 3-23; De emptione et venditione. Principium.

(14) VINNIUS, Institutionum imperialium commentarius, édit. 1667, pp. 741-746; Institut. sive elementorum libri quatuor, édit.

que la pensée véritable de Justinien était exprimée au Code et que les Institutes — résumé destiné aux étudiants — ne pouvaient lui être opposées qu'en apparence. D'ailleurs, le mot *facienda* figurant tant au Code qu'aux Institutes indique bien, disait-il, qu'il s'agit d'une vente à faire, que l'on se trouve donc encore dans la phase des pourparlers antérieurs à la formation du contrat qui pourra être conclu soit par écrit, soit sans écrit.

Le second courant dit des Amputations⁽¹⁶⁾ prétend que le passage discuté des Institutes (*sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*) a été « introduit par mégarde » et propose de le laisser dans l'ombre.

Cette doctrine est totalement abandonnée aujourd'hui. On lui oppose une doctrine novatrice⁽¹⁷⁾. La traduction scrupuleuse des textes conduit en effet à admettre que Justinien a abandonné le principe de l'irrévocabilité de la vente et a permis la dissolution faite unilatéralement par l'une des parties avec la perte des arrhes. L'innovation, par rapport au droit antérieur étant admise, il s'agit de savoir quelle en est la portée. Les uns (entre autres Cornil) sont partisans de l'innovation intégrale et soutiennent que la dation d'arrhes offre un moyen de dédit tant en ce qui concerne les ventes con-

1669, p. 456 et suivantes; *Jurisprudentia contractæ libri quatuor*, édit. 1664, p. 242 et suivantes; *Commentarius*, p. 746.

(15) POTHIER, *De la Vente*, t. II, p. 22; *Pandectæ Justinianæ*, 1818, t. II, p. 15 et suivantes. — Cette doctrine fut également soutenue par l'école juridique hollandaise (OLDENDORP, WESEMBECK, VOETIUS et NOODT) et soutenue par LAUTERBACH (*Disputatio de Arrha*, 1657), que SAVIGNY a qualifié « d'auteur le plus détaillé sur les arrhes » (cf. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, t. II, p. 267, en note).

(16) Système imaginé par BOISSONADE, *De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien*, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1866, p. 136 et suivantes, continué par ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, 1891, t. II, p. 267.

(17) CORNIL, *Debitum et obligatio* (Mélanges GIRARD, 1912, t. I, p. 199; COLLINET, *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, 1912, t. I, p. 89; Félix SENN, *op. cit.*, p. 575 et suivantes.

clues sans écrit qu'en ce qui concerne les ventes conclues par écrit. D'autres prétendent, au contraire, que l'innovation ne fut que partielle (Collinet-Senn) et que les arrhes n'ont fonctionné comme moyen de dédit que dans les ventes sans écrit.

Un système tout récent ⁽¹⁸⁾ semble beaucoup plus satisfaisant par la concordance qu'il établit entre le Code et les Institutes : le fait qu'il y ait écrit ou non ne se rattacherait pas à la vente mais aux arrhes (dans la traduction, il faut rattacher l'alternative *sive in scriptis sive sine scriptis* à *datæ sunt* et non à *facienda* comme le font la plupart des partisans de la doctrine novatrice). La traduction des deux textes cités serait la suivante :

CODE : Si des arrhes, en vertu d'une vente à faire, ont été données soit par écrit, soit sans écrit.

INSTITUTES : Car une fois que des arrhes ont été données soit par écrit, soit sans écrit, la vente est célébrée.

Dès lors, Justinien n'aurait fait aucune innovation dans la vente sans écrit où les arrhes conservent leur rôle de preuve et d'acompte. Justinien n'aurait pas de plus abandonné le principe de l'irrévocabilité de la vente, la fonction pénitentielle ⁽¹⁹⁾ des arrhes n'ayant lieu que dans les ventes par écrit ou en état de projet.

L'Histoire nous permet d'admettre ce point de vue.

En effet la vente par écrit, si elle présentait des avantages en ce qui concerne la preuve de l'existence et de la conclusion du contrat, offrait l'inconvénient de donner aux parties un délai plus ou moins prolongé pour réfléchir; la partie la plus intéressée, ordinairement l'acheteur, était à la merci de l'autre qui pouvait impunément se tirer d'affaire jusqu'à la rédaction de

(18) POPESCO, Fonction pénitentielle des arrhes dans la vente sous Justinien (*Thèse, Paris, 1925*).

(19) Qualificatif donné par les romanistes à cette fonction vraisemblablement à cause du mot *pœnitentia* employé par les Institutes.

l'écrit (20). Il fallait donc trouver un procédé permettant d'immobiliser pratiquement jusqu'à ce moment la chose vendue; ce fut la dation d'arrhes.

Ce qui nous confirme dans cette opinion, c'est que les Institutes déclarent que, tant que la rédaction de l'écrit n'a pas été achevée, les parties peuvent se tirer d'affaire mais que si des arrhes ont été données, elles souffriront les sanctions prévues même si elles n'ont rien spécifié dans leur dation d'arrhes qui peut être faite soit par écrit, soit sans écrit.

D'ailleurs avant Justinien, pour remédier à l'inconvénient cité plus haut, les parties avaient pris pour habitude d'insérer dans leur contrat une clause de style qui différerait la perfection du contrat jusqu'à la rédaction de l'écrit, ce qui avait pour effet de laisser les risques à la charge du vendeur. Mais alors le vendeur pouvait ne plus donner suite aux pourparlers : l'innovation de Justinien aurait consisté à donner une nouvelle fonction aux arrhes pour sanctionner cette attitude.

Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à Rome, à l'occasion d'une vente par écrit, l'acheteur donnait toujours des arrhes au vendeur; la clause de restitution au double devint de style et Justinien n'a fait que la présumer.

La pratique des arrhes ne se rencontrait pas que dans le contrat de vente; elle débordait le droit des contrats et un usage fréquent en était fait en matière de mariage. Il ne s'agit pas là d'ailleurs d'une innovation des Romains, l'origine semble se trouver dans certains passages du Code d'Hammourabi (21).

Plusieurs donations étaient faites au moment du ma-

(20) Soit la « subscriptio », rédaction par les parties, soit « l'absolutio », rédaction et remise du titre aux parties par le « tabellio », particulier faisant le métier de rédiger les actes mais qui n'était pas officier public.

(21) Cf. Cug, *Le mariage à Babylone*, d'après les lois de Hammourabi, Paris, 1905; *Mélanges*, pièces 1 à 17. L'usage se retrouve aussi dans le *Droit de la Bible*, au *Talmud* et dans le *livre syro-romain*.

riage (22), notamment le futur mari remettait au père de sa femme une certaine somme appelée « tirhatou ». Le mariage se faisait par achat de la femme qui était considérée comme marchandise susceptible d'être vendue et la plupart des auteurs voient dans le tirhatou le prix de la renonciation du père à son droit sur sa fille (23). Le mariage était précédé d'un accord préalable, sorte de fiançailles, séparé du mariage par un délai plus ou moins long et pendant lequel chacune des parties avait le droit de se dédire. (Code Hammourabi, art. 130, 155 et 156). Le fiancé qui ne voulait pas donner suite au mariage perdait le tirhatou (*ibid.*, art. 159); mais si, au contraire, c'était le père de la femme qui s'opposait au mariage, il devait payer au fiancé le double de ce que ce dernier lui avait remis (*ibid.*, 160 et 161).

Le tirhatou disparut, mais la pratique se continua chez les Romains, l'institution changea seulement de nom (24) : au Bas-Empire comme à l'époque classique des arrhes étaient fournies par le fiancé à la famille de la fiancée ou à cette dernière elle-même : c'était les

(22) Il y avait trois sortes de donations : le « chéritou », donation faite par un père à sa fille au moment de la marier, le « noudounnou », donation faite pendant le mariage par le mari à sa femme, et le « tirhatou ». Voir Cuq, *op. cit.*, p. 22.

(23) Cet usage de remettre une valeur au père de la femme au moment du mariage se retrouve dans l'antiquité chez beaucoup de peuples et aujourd'hui encore dans certaines régions de l'Asie, de l'Afrique, de l'Amérique du Sud et de l'Océanie. Il en est ainsi encore chez les Kabyles. Voir, sur ce point, HANOTEAU et LETOURNEUX, La Kabylie et les coutumes kabyles, 1873, t. II, p. 148.

(24) Cf. GIRARD, Manuel de Droit romain, p. 164, note 2. M. Girard indique que les arrhes furent introduites à Rome dans les fiançailles par une constitution de Constantin (C. 5, 3, de d. ant. nuptias, 15, an. 319. Il semble que la pratique existait déjà à cette époque. Voir aussi Cuq, Manuel des Institutions juridiques des Romains, 1928, p. 158.

(25) Code de Justinien, V. I, de spons, 3. ... *Patrem vero ant matrem... sive simul sive separatim arrhas pro filia susceperint... in duplum tantum modo convenit teneri.*

Code Théodosien, III, 5 de spons. 11. Les arrhes renforçaient les diverses sanctions qui existaient déjà en cas de rupture injus-

arræ sponçalicæ ⁽²⁵⁾. Le fiancé ne pouvait reprendre sa parole qu'en abandonnant les arrhes, la fiancée devait les restituer si c'était elle qui se retirait. Le taux de restitution était d'ailleurs plus ou moins élevé selon les cas : si la rupture était justifiée, les arrhes étaient rendues au simple, aucune peine n'était encourue. Si, au contraire, cette rupture s'était produite par la faute de la fiancée ou celle de ses parents, les arrhes devaient être rendues au quadruple ⁽²⁶⁾ et plus tard au double ⁽²⁷⁾.

Les arrhes avaient donc à la fin du Droit romain deux domaines bien distincts : d'une part les contrats, principalement sinon exclusivement la vente, d'autre part les fiançailles.

Cette pratique se continue dans notre ancien Droit ⁽²⁸⁾. A l'époque franque, les contrats se formaient *re*, par la tradition : mais il était admis qu'une prestation partielle suffisait pour créer le lien, car elle dénotait suffisamment la volonté de s'engager ⁽²⁹⁾. Des arrhes ou une prestation accessoire quelconque pouvaient être fournies. Les arrhes jouaient ainsi un rôle capital : alors qu'en droit romain, elles constituaient un signe extérieur mais non un élément constitutif de l'obligation et qu'elles réservaient une porte de sortie aux contractants, en Droit Franc elles étaient le moyen naturel de rendre obligatoire la convention non encore réalisée et qui, sans elles, ne l'eût pas été. Par leur remise, les parties sont liées, celui qui les a reçues ne peut plus se dédire, telle

tifiée : l'action *ex stipulatu*, l'action résultant d'une stipulation *pænæ*, et la peine d'infamie. Voir R. ANGELESKO. Rupture des promesses de mariage (*Thèse, Paris, 1914*).

(26) Code Théodosien, III, 5 de spons.

(27) Constitutions des Empereurs Léon et Anthenius de 496 : C. Just., V, 1, de spons. 3.

(28) Etudes sur les contrats dans le Très Ancien Droit français. A. ESMEIN, 1883. Voir aussi DUCAURROY, Inst. expliq., t. 3, n° 1035.

(29) Lex Wisigoth., V, 4, § 3 (antiqua) : *Venditio facta per scripturam plenam habeat firmitatem. Coeterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum pretium praesentibus testibus comprobetur et plenam habeat emptio robur.*

est la règle que nous trouvons exprimée dans les Capitulaires de Charlemagne ⁽³⁰⁾ dans la loi des Wisigoths ⁽³¹⁾ et dans la loi des Bavares ⁽³²⁾ ou dans le Témoignage de Saint-Yves ⁽³³⁾, évêque de Chartres, mort en 1115.

Les arrhes n'avaient donc d'importance qu'en ce qu'elles rendaient apparent et visible l'accord des volontés. Aussi leur fonction pouvait-elle également être remplie par la remise d'un objet quelconque qu'elle qu'en soit la valeur, même symbolique.

A la même époque, le contrat de fiançailles comportait la remise d'un anneau, *arrharum nomine*; à la place de l'anneau ou à côté, pour rendre les fiançailles obligatoires, il était d'usage de remettre une pièce d'or, *solidus*.

Les arrhes se retrouvent dans notre Très Ancien Droit Coutumier; on appelait ainsi toute portion quelconque du prix payé. D'après la Coutume de Normandie, le simple consentement ne suffisait pas à obliger — c'est le vieux Droit Franc qui réapparaît — le contrat ne tenait vraiment que lorsqu'une prestation était accomplie ou un signe équivalent pour en attester l'existence.

D'autres coutumes nous montrent enfin que la fonction de dédit du droit romain a disparu.

L'article 197 de la Coutume, de Bar, porte que : « Vendeur de vin ne sera tenu de le garder plus de quinze jours et perd l'acheteur ses arrhes s'il ne le prend dans le dit temps, soit que ledit vin soit revendu ou non..... »

De même, la Coutume de Laon dispose (§ 278) : « Mar-

(30) Lib. 5, c. édit. de Baluze, t. I, p. 401 : « Qui arras dedit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptore... »

(31) Lex Wisigoth X, 4, § 4, « qui arras pro quacumque re acceperit, id cogatur implere, quod placuit ». Voir sur ce point M. DE SAVIGNY, Histoire du Droit au Moyen-Age, t. II, pages 54 et suivantes.

(32) Lex Bajuw, XVI, C. 10, « qui arras dederit pro quacumque re pretium cogatur implere quod placuit emptori ».

(33) 1090. Partie 6, C. 286.

chandises vendues se doivent lever dans vingt jours s'il n'y a autre convention et, à faute de le faire dedans le dit temps sont les arrhes perdues, et peut le vendeur faire son profit ailleurs de sa marchandise. »

La même idée se retrouve dans la Coutume de Reims : « Tout acheteur de vin et autres marchandises doit dans vingt jours après l'achat lever ladite marchandise, autrement les arrhes seraient perdues et ne sera tenu le vendeur de la délivrer s'il ne lui plaît. Néanmoins, sera au choix du vendeur de poursuivre son acheteur pour raison de ses dommages-intérêts.... »

Les Coutumes de Châlons (218), d'Auxerre (141), de Sens (156) sont dans le même sens ⁽³⁴⁾.

À cette époque donc, les arrhes n'étaient que le signe de la conclusion du contrat — mais signe obligatoire —; la fonction de dédit avait disparu puisqu'elles ne mesureraient plus les dommages intérêts dus en cas d'inexécution et que le vendeur pouvait exiger quelque chose de plus.

Le mot arrhes semble d'ailleurs disparaître pour faire place au Denier à Dieu qui remplissait le même rôle. M. Esmein (*op. cit.*), nous dit qu'il s'agissait « d'une pièce de monnaie qu'un contractant donnait à l'autre en signe de marché conclu ». Toutefois cela ne constituait pas un acompte sur le prix mais une sorte de supplément qui généralement était employé à des usages pieux ou à acheter du vin que buvaient ensemble les contractants et les témoins, d'où le nom de Vin de marché dont parlent plusieurs Coutumes ⁽³⁵⁾. Le Denier à Dieu était très fréquent dans les vieilles Coutumes du Midi ⁽³⁶⁾.

Ce qui prouve que le Denier à Dieu a remplacé les

(34) Cf. TROPLONG, *De la Vente*, I, § 138 et 139.

(35) LAURIÈRE, *Glossaire Vin de marché*.

(36) *Statuta sive leges municipales Arelatis* (1162-1282), article 192. De denario dei. Item statuimus quod Denarius Dei quod daretur in contractibus in honore Dei et candele beata Trophini distribuatur.

De même les Statuts municipaux de la ville de Salon (1293) et les Coutumes d'Avignon (XII^e siècle), art. 121.

arrhes, c'est que la convention n'était obligatoire que lorsque le Denier à Dieu avait été fourni.

Notre grand juriste coutumier, Beaumanoir, nous indique d'ailleurs le Denier à Dieu comme mode de contracter ⁽³⁷⁾ : « Nous entendons que marciés est fes si tost comme il est créantés à tenir par l'accort des parties, entre gens qui poent fere marciés, ou si tost comme Denier à Dieu en est donnés ou si tost comme erres en sont données car cascune de ces trois cozes vaut confermement de marciés. »

Au XIV^e siècle, l'existence et le rôle du Denier à Dieu nous sont signalés : « Item un créancier peut acheter et bailler denier à Dieu sur les héritages qui lui sont obligez, mesmes pour son deu, quand se vendent par enchant, ou son porteur de lettres obligatoires par et en défaut d'autre acheteur, les criées et subhastations faites solennellement » ⁽³⁸⁾.

A la même époque, se fait jour le principe de la consensualité des contrats; ceux-ci n'ont plus besoin pour se conclure que de l'échange des consentements et le Denier à Dieu remis ne servait plus que de preuve de cette conclusion sans en être une condition, sans marquer le point de départ des effets.

La fonction de Dédit ne reparaitra que plus tard, lorsqu'on verra dans les arrhes le prix de l'inexécution du contrat. Nous la retrouvons, pour la première fois, dans les Lois civiles de Domat ⁽³⁹⁾ : « S'il n'y a pas de convention expresse qui règle l'effet des arrhes contre celui qui manquera d'exécuter le contrat de vente, si c'est l'acheteur, il perdra les arrhes, et, si c'est le vendeur, il rendra les arrhes et encore autant..... »

Merlin ⁽⁴⁰⁾ distinguait deux catégories d'arrhes, soit moyen de dédit, soit preuve.

Pothier ⁽⁴¹⁾ y ajoutait le rôle d'acompte.

(37) XXXIV, 60, éd. BEUGNOT.

(38) Jean DESMARES, Décision, 78.

(39) Lois civiles. Du contrat de vente, titre II, sec. VI, n° 5.

(40) Répertoire de Jurisprudence, v° Arrhes.

(41) De la Vente, n° 496.

Nous avons parcouru ainsi toute l'Histoire; partis des temps les plus reculés, nous voici à la veille du Code civil; nous pouvons déjà conclure que la fonction des arrhes n'est pas unique; les arrhes confirment le contrat ou bien au contraire permettent, prévoient, préparent sa disparition. Remarquons d'ailleurs que le rôle de moyen de dédit est resté identique à travers les siècles, tel que Justinien l'avait prévu. Au contraire, le rôle des arrhes confirmatoires est allé en s'amenuisant : lorsque les contrats se formaient « re » leur remise en marquait la conclusion, constituant ainsi une condition essentielle de leur formation; avec l'apparition du principe de la consensualité, leur rôle s'est réduit à celui de preuve, de signe, ou de commencement d'exécution.

Première Partie

INTERPRÉTATION DES ARRHES

Peu de textes sont relatifs aux arrhes. Deux articles seulement du Code civil en parlent, les articles 1590 et 1715.

Article 1590 : « Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double. »

Article 1715 : « Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données.

« Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. »

Ces deux textes, surtout l'article 1590, envisagent les arrhes dans une certaine fonction, ils nous indiquent le rôle qu'elles peuvent jouer mais ils ne nous disent pas en quoi elles consistent, ils ne nous en donnent pas une définition. Or cette définition nous est nécessaire; on ne peut étudier le fonctionnement d'une institution que lorsque cette institution est précisée, est définie.

Les manuels ne nous donnent guère, à cet égard, une plus grande satisfaction que le Code. Le Traité d'Aubry et Rau ⁽¹⁾ ne contient aucune définition semblant se re-

(1) Cours de Droit civil français, 5^e édition, 1907, t. V, § 349, note 37.

porter aux vieux auteurs et à la tradition. Celui de Planiol et Ripert ⁽²⁾ nous dit que les arrhes consistent en une « somme d'argent ou un objet qu'une partie remet à l'autre au moment de la conclusion définitive d'un contrat ». Mais il est très fréquent qu'une somme d'argent soit remise par l'une des parties à l'autre lors de la conclusion d'un contrat : c'est, par exemple, le prix ou une fraction du prix dans une vente, le montant du loyer dans un bail, un dépôt de garantie dans un contrat de gérance, un cautionnement dans une adjudication, une prime lors de la signature d'une police d'assurance, etc... Or toutes ces sommes ne sont certainement pas des arrhes.

Le Vocabulaire juridique, au contraire, publié sous la haute direction de M. le professeur Capitant, nous donne un aperçu complet de cette institution ⁽³⁾ :

« Somme d'argent ou toute autre chose mobilière remise au moment de la conclusion d'un contrat par l'une des parties à l'autre, soit : 1° pour permettre aux parties qui n'ont pas entendu se lier définitivement par le contrat de retirer mutuellement leur adhésion (moyen de dédit), exemple : en matière de vente chaque partie peut, d'après l'article 1590, C. civ., se départir de son engagement en perdant la valeur des arrhes; 2° pour marquer, au contraire, la conclusion ferme du contrat (moyen de preuve). Par exception, l'article 1715, C. civ., spécifie que les arrhes ne prouvent pas la conclusion de la location verbale; 3° (par extension, pour tenir d'acompte sur le prix (moyen de paiement). Exemple : dans les marchés à terme sur valeurs, les agents de change ou les coulissiers se font remettre des arrhes (couvertures) par leurs donneurs d'ordre d'achat ou de vente. »

Il est remarquable d'avoir concentré toute la matière des arrhes en un si petit article qui comprend et la dé-

(2) Traité théorique et pratique du Droit civil, t. X : Les Contrats civils (avec la collaboration de M. HAMEL), n° 208.

(3) Vocabulaire juridique, Paris, 1930, v° Arrhes.

finition et les fonctions des arrhes, chaque fonction étant illustrée par un exemple. Il ressort que les arrhes se caractérisent par le fait qu'elles remplissent diverses fonctions. Il est impossible, pour en donner une définition exacte, de les dissocier de leurs différents rôles. Nous inspirant de l'article précité du Vocabulaire juridique, nous dirons que les « Arrhes consistent en une somme d'argent ou un objet quelconque remis lors de la conclusion d'un contrat par l'une des parties à l'autre dans un but de preuve, d'acompte ou de dédit. ».

Nous étudierons, dans cette première partie, les diverses fonctions des arrhes en nous attachant à rechercher si ces fonctions, bien que très différentes, n'ont pas un caractère commun, ne procèdent pas toutes d'une même idée qui serait, en quelque sorte, la fonction profonde des arrhes (Chapitre premier); puis, nous examinerons quelle interprétation la jurisprudence en donne (Chapitre II); un troisième Chapitre sera consacré à l'étude du domaine d'application des arrhes, c'est-à-dire au point de savoir si elles peuvent se rencontrer dans tous les contrats ou, au contraire, si telle ou telle de leurs fonctions n'est pas exclusive de tel ou tel contrat.

Enfin, dans un quatrième Chapitre, nous nous appliquerons à différencier les arrhes d'autres prestations analogues versées au moment de la formation d'un contrat, ce qui nous permettra, en conclusion, d'insister sur les caractères spécifiques des arrhes.

CHAPITRE PREMIER

LES DIFFÉRENTES FONCTIONS DES ARRHERS

L'Histoire nous a révélé que les arrhes pouvaient, soit remplir un but de preuve, soit réserver aux contractants la faculté, sous certaines conditions, de se retirer du contrat. Le vocabulaire juridique indique une troisième fonction : celle d'acompte sur le prix. En Droit romain et dans l'Ancien Droit, il semble que ce rôle d'acompte n'était pas envisagé comme distinct mais seulement comme une conséquence des deux autres : lorsque le contrat se formait, et que les arrhes versées à titre soit de preuve, soit de dédit, venaient en acompte sur le prix dû (ce qui laisse supposer que, dans ce dernier cas, aucun des contractants ne s'est prévalu de cette faculté de dédit). En d'autres termes, le rôle double des arrhes dans l'Ancien Droit serait maintenant triple. Quoiqu'il en soit, nous pouvons ranger ces deux fonctions, preuve et acompte, dont le caractère commun est de n'avoir aucune influence sur l'existence du contrat, sous une même rubrique, ce que nous appellerons la fonction confirmatoire des arrhes (Section I), pour les opposer à la fonction de dédit qui tient l'existence même du contrat en suspens, ce que nous appellerons la fonction de repentir (Section II). Nous consacrerons une troisième Section à l'examen du point de savoir si les arrhes ne peuvent, ainsi que le soutiennent certains au-

teurs, jouer le rôle de clause pénale. Enfin, dans une quatrième Section, nous essaierons de trouver l'idée générale d'où procèdent ces différentes fonctions.

Avant d'entreprendre l'étude des fonctions des arrhes, précisons la signification que nous entendons donner au mot « confirmatoire » : il doit s'expliquer non par rapport au contrat accompagné d'un versement d'arrhes, mais par rapport au consentement de celui qui verse les arrhes. En effet, un versement d'arrhes n'ajoute rien au contrat qui est parfait dès l'échange des consentements ; dans notre droit, un contrat ne peut être confirmé : il existe ou il n'existe pas ; un contrat n'a pas plus de valeur lorsque des arrhes sont versées que lorsqu'il n'y en a pas. Celui qui verse des arrhes comme acompte ou comme preuve du contrat prouve simplement sa bonne foi, sa volonté de payer sa dette, il fait un geste pour extérioriser, pour concrétiser son engagement verbal, pour « confirmer » son acceptation. Celui qui, au contraire, verse des arrhes-dédit est engagé dans les liens du contrat comme tout contractant : il s'est seulement réservé une ligne de retraite, la possibilité de revenir sur son engagement, de se « repentir ».

Lorsque nous disons donc que les arrhes-acompte ou preuve ont un rôle confirmatoire, nous entendons par là qu'elles corroborent, qu'elles confirment l'engagement de celui qui les verse.

SECTION I.

Fonction confirmatoire des arrhes.

§ 1^{er}. *Fonction de preuve.*

En général, dans la conclusion de tout contrat, on peut distinguer deux grandes phases : d'une part, celle des pourparlers, des préparatifs, période pendant laquelle chacun des futurs contractants fait ses propositions, et au terme de laquelle les parties tombent d'accord ; pendant cette phase aucune obligation n'est encore née à la charge des parties, aucun lien n'existe entre elles ; d'autre part, une phase où les parties sont tenues de diverses obligations, ou l'une est devenue débitrice, l'autre créancière. Ces deux périodes, bien distinctes en droit, ne sont séparées que par un moment fugitif et très court, qui est la conclusion même du contrat, moment où chacun des contractants a accepté les propositions de l'autre.

Or, dans notre Droit — et les législations modernes nous ont imité, qui se sont dépouillées de tout formalisme —, le principe est celui de la consensualité des contrats : le simple accord suffit à lier les parties, il n'est besoin d'aucune formalité spéciale, à l'exception toutefois de certains contrats en nombre très limité, dits les uns solennels et les autres réels ; l'existence de ces derniers est d'ailleurs fort discutée parmi les auteurs, En principe donc, réserve faite des difficultés de preuve, une vente verbale a la même valeur qu'une vente passée devant notaire. « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit ro-

main » répondait Loysel ⁽¹⁾ à la vieille règle romaine : « *Ex nudo pacto actio non nascitur* » ; ce principe est exprimé dans les articles 1134 et 1138 du Code civil, nous les retrouverons plus loin.

Aucune formalité n'est donc nécessaire.

Mais pratiquement on passe insensiblement de cette phase des pourparlers à la phase du contrat conclu, leur succession est instantanée ou presque : aussi les parties ont-elles éprouvé le besoin de marquer leur accord définitif, de symboliser ce moment fugitif : à cet effet, elles se versent des arrhes. Cette remise est concomitante à la formation du contrat et en prouve la conclusion. C'est ce que les Romains appelaient *argumentum emptionis et venditionis contractae*, ce qu'Aubry et Rau nomment *arrha in signum consensus interpositi data* ⁽²⁾.

Ce rôle des arrhes est devenu rare de nos jours, car d'une part l'usage s'est bien établi de la conclusion des contrats par simple échange de consentements sans qu'aucun signe extérieur soit nécessaire, et, d'autre part, un souci de preuve a poussé les parties à accompagner la conclusion de leur contrat de la rédaction d'un écrit. Aussi n'en rencontre-t-on plus l'usage que dans des cas exceptionnels, lorsque les parties ne peuvent pas rédiger d'écrit lors de la conclusion de leurs conventions mais qu'elles désirent cependant se ménager une preuve, ce qui se produit lorsque l'objet du contrat est peu important ou bien lorsque la rédaction d'un écrit pourrait être interprétée dans les relations des contractants comme un signe de méfiance.

Ainsi dans les foires d'animaux, dans les marchés, les parties marquent par la remise d'une pièce de monnaie le moment où elles sont d'accord ; les arrhes prennent alors le nom de Denier à Dieu ⁽³⁾ ; il y a là quelque

(1) Institutes Coutumières (1607), liv. III, t. I, max. 2.

(2) *Op. cit.*, t. V, n° 349, note 37. Voir dans le même sens : PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, n° 208 et suivants ; COLIN et CAPITANT, Traité élément. de Droit civil français, t. II, n° 18 ; JOSSERAND, Cours de Droit civil positif français, t. II, n° 1067.

(3) Pothier — De la Vente, III, n° 497 — signale l'origine de

chose d'analogue à la paumée ou au légendaire « Topez-là ». De nos jours, les foires d'animaux sont devenues rares et les arrhes, tendant seulement à prouver la conclusion des marchés, sont en voie de disparition.

Les arrhes preuve de la conclusion d'un contrat se rencontrent encore dans le louage de services, spécialement dans l'engagement des domestiques (4); un arrêt du Tribunal correctionnel de Poitiers du 8 novembre 1905 (5) confirme ce point de vue déclarant que le domestique qui rompt le contrat intervenu avant tout commencement d'exécution et qui retient la somme qui lui a été remise à titre d'arrhes par le maître ne commet pas le délit d'abus de confiance : « Le fait de donner et recevoir des arrhes dans ces conditions constitue seulement une obligation civile dont l'inexécution par l'une des parties peut motiver de la part de l'autre une action en dommages-intérêts ».

Un arrêt du Tribunal de commerce de Beaune du 13 février 1912 (6) nous signale qu'il est d'usage, dans les ventes d'objets anciens, pour l'acheteur, de remettre des arrhes au vendeur. « A défaut de cette remise — lisons-nous — on ne saurait considérer comme constituant un achat ferme le fait par un amateur jusque-là inconnu du vendeur d'avoir marchandé l'objet et de s'en être déclaré acquéreur alors surtout qu'il ne s'est pas présenté dans un bref délai pour procéder à son venlèvement. »

cette expression : on aurait d'abord dit « Denier d'adieu », parce que la pièce de monnaie était remise au moment de se séparer, puis « Denier de Dieu » ou « à Dieu », à cause du caractère symbolique et minime du versement.

(4) Voir, sur ce dernier point : PERSONNAZ, *Le louage des domestiques* (Thèse, Paris, 1909). L'auteur prétend (pages 21 et suivantes) que cet usage est très répandu à Paris; de nos jours, il tend à disparaître. A la fin du siècle dernier c'était le seul mode d'engagement des domestiques et des ouvriers. Cf. Usages locaux dans Paris, 1891. Rédaction de cahier de 1850 adopté par la Commission de 1890.

(5) D. P. 1906-2-54.

(6) Recueil, Dijon, 1912, p. 128; *Gaz. Pal.*, Tables, 1912-1920. V^o Vente n^o 125 et suivantes.

Ces deux dernières applications — louage de services, vente d'objets anciens —, nous montrent que les arrhes ainsi versées ne remplissent pas seulement ce rôle de preuve, elles jouent aussi le rôle de moyen de dédit; versées par l'acheteur au vendeur, ou par le maître au domestique, elles seront et la preuve de la conclusion du contrat et le dédit éventuel pour le cas où l'acheteur ou bien le domestique n'y donneraient pas suite. Actuellement donc, les arrhes remplissent ces deux fonctions : toutefois, les arrhes en tant que preuve ont une certaine utilité qu'il importe de bien mettre en relief.

D'un part, leur remise marque le moment de la formation du marché, moment qu'il est important de connaître eu égard notamment à la capacité des parties, à la législation en vigueur. D'autre part, et par voie de conséquence, dans les rapports des contractants, elle atteste le caractère sérieux de l'engagement, elle donne au vendeur l'assurance que le client s'est porté acquéreur, au maître que le domestique s'est engagé... En matière commerciale notamment, l'acheteur par ce versement arrête, retient l'objet qui l'intéresse, mais qu'il ne peut payer immédiatement. Nos anciens auteurs disaient que, dans ce cas, la marchandise était « arrhée », c'est-à-dire que le vendeur ne pouvait plus en disposer au profit d'un autre que celui qui lui avait versé les arrhes.

Mais on aperçoit tout de suite que cette certitude n'est pas suffisante pour le vendeur. Sa marchandise ne peut être ainsi frappée d'indisponibilité, d'inaliénabilité indéfiniment. Il faut qu'il puisse en disposer librement si l'acheteur ne se représente pas..... insensiblement, on passe d'une fonction à l'autre : les arrhes ont prouvé que le marché était conclu, mais s'il n'est pas exécuté, elles sont acquises au vendeur qui recouvre toute son indépendance.

Les contractants ont senti eux-mêmes combien il était illusoire d'avoir seulement l'assurance que le contrat était conclu, ce qu'ils voulaient ce n'était pas seulement permettre de se dédire, mais être sûrs que leurs clients

s'exécuteraient : les arrhes sont alors devenues un commencement d'exécution, un acompte.

La fonction d'arrhes-acompte apparaît ainsi comme une extension, comme une suite de la fonction de preuve, mais aussi comme un perfectionnement.

En résumé, les arrhes en tant seulement que preuve sont très rares dans notre Droit. Cette fonction ne se rencontre plus seule, mais doublée soit de celle de moyen de dédit, soit de celle d'acompte.

§ 2. *Fonction d'acompte.*

Normalement, quelle que soit la fonction des arrhes, si le contrat se maintient, les arrhes versées viendront en acompte sur le prix. Dans une vente, par exemple, où l'acheteur aura versé des arrhes, indépendamment du point de savoir leur rôle exact, il s'opère une compensation entre le prix dû par l'acheteur et le montant des arrhes déjà reçues par le vendeur. En effet, elles ne viennent pas en sus du prix, ce n'est pas une augmentation, mais une fraction, une avance sur le prix.

Ce n'est pas ce cas (application des règles de la compensation) que nous envisageons. Il s'agit d'une autre catégorie d'arrhes mettant le sceau au contrat, dont il est fait une grande application dans la pratique, à tel point qu'une confusion est fréquemment faite entre les arrhes et l'acompte; on considère les deux expressions comme synonymes, ce qui est une grave erreur : tous les acomptes ne sont pas des arrhes de même que les arrhes ne constituent un acompte que dans certains cas. Confondre les arrhes et les acomptes, c'est confondre l'espèce et le genre (7).

Voici un contrat de vente; il est rare que l'acheteur

(7) Ainsi a fait la loi du 30 juillet 1930 modifiant l'article 1589 du Code civil, loi qui a subi l'assaut de critiques nombreuses mais justifiées puisqu'elle est inapplicable et que nous retrouverons plus loin.

paie son prix immédiatement et intégralement; il le versera par fractions et les choses se passent normalement ainsi : après discussion les parties tombent d'accord, le projet devient contrat. L'acheteur pourrait se contenter pour concrétiser cet accord de remettre au vendeur une somme très minime. Nous avons vu que le cas était rare parce que cette garantie était insuffisante. Pour bien prouver au vendeur qu'il a la ferme intention d'exécuter ses obligations, il commence à s'exécuter. Ainsi l'acheteur d'un immeuble de 100.000 francs remettra à son vendeur une somme de 10.000 francs à titre d'arrhes. Ici ce n'est plus seulement un signe; ces arrhes viennent confirmer l'existence du contrat par un commencement d'exécution. L'acheteur donne ainsi à son vendeur l'assurance qu'il donnera suite au contrat, il lui fournit un acompte sur le prix dont il est débiteur.

Il n'est pas besoin d'insister longuement sur l'utilité des arrhes-acompte. D'une part, le vendeur est assuré que son débiteur s'exécutera, il a déjà commencé. D'autre part, l'acheteur y trouvera l'avantage d'être certain que le vendeur ne cherchera pas à faire ailleurs une meilleure opération; quand bien même ce dernier trouverait un meilleur acheteur, c'est-à-dire lui offrant un prix supérieur à celui qui lui a versé des arrhes, il ne pourra profiter de l'occasion, il est enchaîné.

L'effet d'une telle remise serait identique, qu'elle soit faite par l'une ou l'autre des parties. Dans l'exemple que nous avons pris, seul l'acheteur pouvait remettre des arrhes, car le vendeur, lui, est tenu d'obligations indivisibles : délivrance, garanties, etc... Les arrhes-acompte ne pourront être remises que par celui qui est débiteur d'obligations divisibles. Par exemple, s'il s'agit d'une vente d'objets mobiliers, les arrhes pourront être remises soit par l'acheteur — elles consisteront alors en argent — soit par le vendeur qui remettra à ce titre un des objets dus. Et, dans ce cas, qui remettra des arrhes, de l'acheteur ou du vendeur ? Aucun principe général ne peut être donné, sinon qu'il y a toujours une des parties qui tient plus que l'autre à ce que le contrat soit

maintenu; c'est elle qui versera les arrhes; ce peut être l'acheteur qui veut faire un placement, ou se procurer tel objet déterminé, ou bien le vendeur qui veut liquider ses biens, ou dont le métier est de vendre tel ou tel objet; les circonstances économiques sont telles qu'à certain moment l'acheteur court après le vendeur ou inversement.

Une jurisprudence abondante nous prouve la fréquence de l'emploi des arrhes en ce sens.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Paris ⁽⁸⁾, nous donne un exemple très net :

Les faits étaient les suivants : le 16 mars 1927, Canseco vend à Coosemaker une automobile Delage pour la somme de 22.500 francs et reçoit le jour même une somme de 2.500 francs à titre d'arrhes. Il était spécifié que le solde devait lui être versé le 19 mars au plus tard au moment de la livraison de la voiture.

« Considérant — lisons-nous — qu'une somme d'argent versée par l'acheteur au vendeur à l'occasion de la vente pure et simple d'une chose mobilière non encore livrée, bien que spécifiée remise à titre d'arrhes peut être envisagée comme ayant été donnée à titre de gage de la stricte exécution du contrat dès maintenant parfait et irrévocablement conclu et de preuve de l'accord définitif des parties sur tous ses éléments, c'est-à-dire à titre d'acompte à valoir sur le prix dont le reliquat devra être payé à la date convenue pour la livraison ».

Voir, dans le même sens, deux arrêts déjà anciens : Dijon, 15 janvier 1845 (D. P., 1845-2-109; S. 1846-2-163). Lyon, 14 janvier 1898 (*Mond. jud. Lyon*, 4 février 1898), puis des arrêts plus récents : Seine, 13 novembre 1909 (*G. Trib.*, 1910-2-176); cet arrêt a faussement d'ailleurs attribué le caractère d'acompte à des arrhes versées à propos de la commande d'un vêtement sur mesure; nous l'examinerons plus loin); Clermont, 20 décembre 1920 (*Gaz. Pal.*, 1920-1-113); Grenoble, 8 juillet 1919 (*Gaz. Trib.*, 1920-2-183); Paris, 31 octobre 1931 (*D. H.*, 1931-

(8) Paris, 29 novembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931-1-128.

562); Req., 28 juin 1932 (*Gaz. Palais*, 2-568) et Civ., 19 juillet 1933 (*D. H.*, 1933-521). « Attendu, dit ce dernier arrêt, que le versement du premier acompte qualifié arrhes a..... »

Ainsi l'usage des arrhes-acompte est assez fréquent dans les contrats surtout lorsqu'il s'agit de ventes de choses mobilières. Nous en verrons plus loin (cf. *infra*, Chap. III, Sect. 2) le domaine d'application ; insistons seulement sur une application qui est faite journellement en matière d'opérations de bourse; ce sont les couvertures remises aux agents de change.

Dans les marchés au comptant qui comportent l'exécution immédiate du vendeur et de l'acheteur, l'agent de change intermédiaire se couvre en exigeant que les effets ou les fonds lui soient remis par avance (cf. décret du 7 octobre 1890, art. 58). A-t-il le même droit dans les marchés à terme ?

L'article 13 d'un arrêté de l'an X avait consacré cette pratique, mais une loi du 28 mars 1885 (art. 4) a abrogé le membre de phrase d'où résultait cette obligation : « Chaque agent de change devant avoir reçu de ses clients les effets qu'il vend ou les sommes nécessaires pour payer ceux qu'il achète. »

Or, si l'agent de change ne prend pas de précautions, il risque, au jour de la liquidation, de se heurter à l'insolvabilité de son client. Certes, il peut encore l'exécuter en bourse mais il préfère, ce qui est normal, se couvrir contre cette insolvabilité et, dans ce but, il exige, au moment où il reçoit un ordre, une couverture. Cette pratique, d'autant plus nécessaire qu'en sa qualité d'officier public l'agent de change n'a pas le droit de refuser son ministère aux personnes qui le requièrent, s'est trouvée consacrée par l'article 61 du décret du 7 octobre 1890. Cette couverture qui garantit également l'agent contre une variation des cours survenant avant la liquidation, consiste en argent ou en valeurs ⁽⁹⁾, remis par

(9) Ces valeurs sont soit au porteur, soit nominatives; dans ce dernier cas elles sont accompagnées d'une déclaration de transfert toute préparée.

l'opérateur à son client. Ainsi à l'échéance, faute de livraison ou de paiement l'agent de change retiendra sur la couverture la différence de cours qui pourra lui être due ou bien il aliènera les valeurs et s'en appliquera le prix.

L'opinion la plus couramment soutenue voit dans ces couvertures des arrhes-acompte ; elles constituent un paiement anticipé ou une dation en paiement anticipé selon qu'elles consistent en argent ou en valeurs mobilières. C'est l'opinion, récente, de la jurisprudence ⁽¹⁰⁾.

A l'opposé d'ailleurs, une autre doctrine ⁽¹¹⁾ soutient que ces couvertures ne sont pas des arrhes, car tel n'est pas le but poursuivi par les parties ; le donneur d'ordre espère le succès de son opération et on ne peut présumer qu'il se libère à l'avance d'une perte qu'il espère n'avoir pas à subir ; ce serait donc une garantie, un véritable gage et ces auteurs déclarent, lorsque la couverture consiste en argent, qu'il s'agit d'un gage irrégulier, expression de sens identique à celle de dépôt irrégulier.

Nous ne prétendons pas trancher le différend car la question des couvertures dépasse le cadre de cette étude. Remarquons seulement que les auteurs, à l'avis desquels nous nous rangeons, réfutent cette doctrine par l'argument suivant : si ces couvertures constituaient un gage les dispositions impératives pour la réalisation du gage prévues par l'article 93 du Code de commerce (sommation au débiteur et délai de 8 jours avant de procéder à la vente) sont applicables. Or, le décret de 1890 ne parle pas de ces formalités et pourtant il n'a pu déroger à la

(10) Paris, 11 décembre 1923, D. H. 1924, p. 317. Il y a d'ailleurs eu un revirement. Cf. Paris, 9 juin 1836 et 30 juin 1894 (S. 37-2-85) ; Cass., 27 nov. 1882 et 31 mai 1897, Paris, 18 juin 1920. Voir, dans ce sens, THALLER, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1931, 8^e édit., revue et mise à jour par J. PERCEROU, t. I, n° 963 ; WAHL, *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, 1922, n° 1673 ; DALLOZ, *Dictionnaire pratique de Droit*, v° Agent de change, n° 24.

(11) Voir BOZERIAN, *La Bourse, ses opérateurs, ses opérations*, 1859, t. I, n° 339 ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de Droit commercial*, 3^e édit., 1925, t. II, n° 1574 et suivants.

loi; d'ailleurs, il a déterminé les formes moyennant lesquelles les couvertures pouvaient être réalisées. D'autre part, voir un gage semble contraire à l'article 2078 du Code civil que prohibe toute clause autorisant le créancier à s'approprier le gage.

Ces arguments nous semblent décisifs; à notre avis, les couvertures remises aux agents de change sont une application de la fonction confirmatoire des arrhes ⁽¹²⁾.

(12) La recherche de la nature des couvertures était intéressante lorsque l'exception de jeu était admise car, interprétées comme paiement anticipé, la répétition en était impossible. Au contraire, un gage ne purgeait pas la dette du vice de jeu et laissait la répétition ouverte (Cf. THALLER, *op. cit.*, n° 978). M. Capitain fait des couvertures une application des arrhes-acompte (Vocabulaire juridique, v° Arrhes 2°).

SECTION II.

Fonction de Repentir des Arrhes.

Jusqu'ici, nous avons vu les arrhes remplir le rôle soit de preuve de la conclusion du contrat, soit de commencement d'exécution de ce contrat : en un mot, les sommes versées à ce titre venaient renforcer le contrat, souligner son existence, en confirmer la conclusion; c'est pourquoi nous avons dit que les arrhes avaient une fonction confirmatoire.

Nous allons voir maintenant les arrhes fonctionner tout autrement; au lieu de servir de signe extérieur de l'accord des contractants, grâce à elles, chacun d'eux va pouvoir revenir sur sa décision. Les parties ne donnent leur consentement qu'en principe, se réservant de retirer leur adhésion si bon leur semble et sous la seule condition de perdre les arrhes, chaque contractant pouvant se retirer, se dégager du lien contractuel; nous appelons cette fonction : fonction de repentir. C'est la situation prévue par l'article 1590 du Code civil.

Une telle stipulation est certainement valable puisque la loi elle-même l'énonce, mais comment l'expliquer, car c'est une dérogation certaine à l'article 1583 du Code civil aux termes duquel la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé ». Cet article n'est d'ailleurs qu'une application à la vente d'un principe général dans notre Droit, celui de la perfection des contrats par le simple consentement (art. 1134 et 1138, C. civ.). Un point certain, c'est qu'une telle stipulation est exceptionnelle. De droit commun en effet, lorsqu'un contrat est conclu, seul un

nouvel accord de volonté (*mutuus dissensus*) peut le rompre (1134, al. 2), mais il ne peut disparaître par la seule volonté d'un des contractants : les arrhes vont permettre ce droit exorbitant.

Reprenons l'exemple sur lequel nous avons raisonné précédemment, vente d'un immeuble pour le prix de 100.000 francs avec versement de 10.000 francs d'arrhes par l'acheteur au vendeur. L'article 1590 du Code civil nous dit que chacun pourra s'en départir, l'acheteur en abandonnant les arrhes et le vendeur en les rendant au double. Il est normal, en effet, que le vendeur, si l'inexécution du contrat provient de son fait, rende les arrhes, puis verse à l'acheteur une somme équivalente : s'il se contentait de rendre ce qu'il a reçu, il ne perdrait rien ; or sa décision mérite d'être sanctionnée au même titre que celle de l'acheteur, c'est-à-dire que celui qui a versé les arrhes. Remarquons également, ainsi que nous l'avons déjà dit, que les arrhes, dans ce cas, pourront être versées soit par l'acheteur, soit par le vendeur ; cela dépendra de celui qui fait la loi du contrat.

L'opération, en définitive, s'analyse de la façon suivante : lorsqu'un des contractants se retire, il abandonne à l'autre le montant des arrhes pour le dédommager du préjudice que lui cause l'inexécution. En effet, la conclusion du contrat a entraîné des démarches, des frais, une perte de temps, peut-être une meilleure opération a-t-elle été manquée, il serait injuste que celui qui subit le refus de son partenaire ne soit pas dédommagé. C'est l'application des règles de la responsabilité contractuelle : l'acheteur, par exemple, qui revient sur sa décision est responsable du dommage que le vendeur subit de ce fait et les arrhes ne sont que la représentation des dommages-intérêts dus au vendeur. En somme, les parties évaluent, en contractant, le préjudice qu'éprouvera l'un d'eux si l'autre se retire.

L'avantage, c'est que chacune des parties, au lieu de s'obliger sans retour à la conclusion du contrat définitif, s'est réservée le droit d'empêcher cette conclusion moyennant le paiement de dommages-intérêts. C'est un

détour, un moyen de se réserver un temps supplémentaire de réflexion après conclusion d'un engagement dont le caractère sérieux est garanti par les dommages-intérêts prévus.

Aubry et Rau ⁽¹³⁾ disent que, dans ce cas, les arrhes sont des arrhes proprement dites : ils les appellent *arrha quae ad jus poenitendi pertinet*, ce qui exprime bien le caractère de réparation du dommage. Cette interprétation est celle de la plupart des auteurs qui, d'ailleurs, déclarent que l'on peut parler d'arrhes seulement dans ce cas; dans les autres cas, preuve ou acompte, c'est une pure extension.

Nous ne partageons pas tout à fait ce point de vue. Sans méconnaître que c'est là la fonction primordiale des arrhes, nous pensons cependant que la fonction d'acompte n'est nullement négligeable, et que celle de preuve est, le plus souvent, dissimulée derrière l'une ou l'autre des deux autres.

La jurisprudence a sanctionné dans deux espèces récentes cette fonction des arrhes : nous les retrouverons plus loin ⁽¹⁴⁾.

Quelques exemples nous prouveront la fréquence de cet usage.

A) Commandes chez les commerçants de détail.

Lorsque l'on entre dans le magasin d'un tailleur sur mesure, une pancarte vous avertit qu'« on est prié de laisser des arrhes ». La commande d'un vêtement sur mesure s'accompagne d'un versement d'arrhes, remise qui a la double signification suivante :

Du côté de l'acheteur, du client, de celui qui remet des arrhes, ce versement lui permettra de se retirer du contrat, c'est-à-dire de ne pas revenir chez le tailleur s'il change d'idée, si par exemple l'étoffe choisie ne lui plaît plus ou si le prix lui semble, à la réflexion, trop élevé;

(13) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, § 349, note.

(14) Req., 26 décembre 1927; D. P. 1928-1-166; *Gaz. Pal.*, 1928-1-434.

Du côté du vendeur, du tailleur, celui-ci trouve l'avantage en recevant des arrhes de se prémunir contre le dommage éventuel résultant pour lui de la défaillance de son client; il a perdu du temps pour vanter son étoffe, conclure un prix, prendre des mesures; d'autre part, il a commencé à couper son tissu; tous ces frais seront compensés par le montant des arrhes.

Remarquons que le tailleur pourrait lui aussi se retirer du contrat et déclarer à son client qu'il renonce à lui faire le vêtement commandé et qu'il lui rend ses arrhes au double. Ce cas pourrait se produire si le tailleur s'était aperçu qu'il avait consenti un prix trop faible et l'acheteur recevrait en plus du remboursement de ses arrhes une somme équivalente pour réparation du dommage qui lui est causé, consistant notamment dans le fait qu'il sera obligé d'aller chez un autre tailleur, ce qui occasionnera pour lui une perte de temps et un retard dans la confection de son vêtement. Mais c'est une hypothèse théorique, le tailleur connaît en général son métier, ses prix sont fixés d'avance, ses étoffes classées et étiquetées, il n'a donc aucun intérêt à se prévaloir de la faculté de dédit que lui réserve l'article 1590, elle ne fonctionnera, en pratique, que vis-à-vis de l'acheteur.

Telle n'est pas d'ailleurs l'opinion de la jurisprudence qui voit dans la remise d'arrhes lors de la commande d'un vêtement sur mesure non une application de l'article 1590 du Code civil, c'est-à-dire une possibilité de dédit, mais un acompte.

« Attendu, dit un arrêt du Tribunal civil de la Seine du 13 novembre 1909 ⁽¹⁵⁾, qu'on ne saurait admettre de la part d'un couturier ou d'un tailleur l'acquiescement d'une clause le mettant dans la nécessité de conserver sans utilisation possible s'il ne vend pas de vêtements tout faits des étoffes et des tissus spécialement coupés en vue d'une personne déterminée...

« ... que la commande d'un objet sur mesure doit donc... en tenant compte des usages du commerce pari-

(15) *Gaz. Trib.*, 1910-11-176.

sien... être considérée comme une vente ferme et parfaite. »

Mais cette interprétation est erronée, elle ne résiste pas à l'étude ⁽¹⁶⁾. Si, en effet, les arrhes versées au moment de la commande étaient un acompte, cela signifierait que le contrat est définitivement conclu, qu'il est parfait et, en conséquence, que le tailleur pourra poursuivre l'exécution de l'obligation de son client qui est de payer le prix. Le tailleur ne pourrait se contenter de garder le montant des arrhes, il devrait poursuivre l'exécution en nature contre son client, c'est-à-dire lui imposer la livraison du vêtement commandé contre paiement du prix; à défaut, il pourrait poursuivre l'exécution en équivalent qui consisterait dans l'obtention de dommages-intérêts dont le montant pourrait ne pas coïncider — et qui en fait ne coïnciderait pas — avec les arrhes versées, car le dommage serait devenu plus important. Le vêtement étant terminé, le tailleur éprouvera une assez grande difficulté à le céder; il sera obligé de consentir un prix inférieur. Cette difficulté et cette diminution du prix constituent le préjudice par lui éprouvé et qui devrait être compensé par des dommages-intérêts bien supérieurs aux arrhes versées.

Soit un vêtement sur mesure de 800 francs; le client aura versé 200 francs d'arrhes. Si ces 200 francs représentent un acompte et que l'exécution se fasse en équivalent, cette somme ne compenserait pas le dommage subi par le tailleur, celui-ci ne pourrait céder ce vêtement que difficilement et qu'à moitié prix, les dommages et intérêts seraient donc supérieurs aux arrhes versées.

Cette analyse est inexacte, les choses ne se passent pas ainsi. Les arrhes versées par le client lui réservent la faculté de se dédire. La preuve ? Nous la trouvons dans le fait que lorsque le client est connu du tailleur, celui-ci ne lui réclame pas d'arrhes; leurs relations antérieures lui enlèvent toute crainte sur un dédit de son client. Ce

(16) Voir cependant en ce sens : JOSSEMERAND, *op. cit.*, t. II, n° 1067; CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 520.

qui nous confirme dans cette explication, c'est que plusieurs tailleurs ou modistes (l'usage des arrhes est très répandu chez cette catégorie de commerçants) complètent ainsi la pancarte relative au versement d'arrhes : « A défaut de retraitement de l'objet commandé dans les trois mois, les arrhes seront acquises à la maison. » Qu'est-ce à dire, sinon que dans ce cas le commerçant prend acte du défaut de son client, qu'il considère les arrhes comme lui appartenant par suite du dédit de ce dernier. Si les arrhes étaient un simple acompte le commerçant ne pourrait pas renoncer ainsi à poursuivre son client, et s'attribuer le montant des arrhes.

La formule relative aux arrhes n'est pas immuable ; elle est quelquefois la suivante : « Pour confirmer leur commande, Messieurs les clients sont invités à verser des arrhes. » Cette expression ne doit pas faire illusion ; cela ne signifie nullement que les arrhes remplissent un rôle confirmatoire, qu'elles sont un acompte mais que le client qui ne voudrait pas continuer le contrat verrait sa décision sanctionnée par la perte de la somme versée.

Les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de statuer sur cette question depuis 1909. Leur solution s'explique par le fait qu'ils faisaient une distinction entre les promesses de vente où les arrhes étaient toujours considérées comme un dédit et les ventes parfaites où elles étaient un acompte. Etant donné qu'il s'agissait dans l'espèce d'une vente parfaite, ils en ont déduit, comme une conséquence obligatoire, que les arrhes constituaient un acompte. Leur solution serait toute différente aujourd'hui, car la jurisprudence ne restreint plus le domaine d'application des arrhes fonctionnant comme dédit aux seules promesses de vente ; nous verrons cette importante question plus loin.

Un jugement du Tribunal de la Seine du 21 décembre 1913 (17) déclare que « le contrat qui a pour objet la fourniture d'un manteau de dame a le caractère d'une vente à l'essai et que la forme du vêtement constitue

(17) *Le Droit*, 1^{er} mars 1913.

l'élément essentiel du contrat ». Cette opinion semble isolée, elle n'a aucune influence en tout cas sur la question dont nous nous occupons; les arrhes versées n'en seront pas moins considérées comme faculté de dédit; elles compenseront le préjudice du tailleur au cas où l'essai se révélerait défectueux.

Cette fonction de repentir se rencontre également chez d'autres commerçants que les tailleurs sur mesure; nous les trouvons chez de nombreux commerçants de détail à l'occasion de ce que l'on appelle dans le langage courant des commandes, c'est-à-dire des ventes dans lesquelles la confection d'un objet constitue la prestation de l'une des parties, en l'espèce du commerçant, du vendeur. Ainsi en matière de papeterie, de maroquinerie, la personne désirant acquérir certains objets (livres, fournitures de bureau, etc...) que le commerçant n'a pas en magasin, commandera ces objets et accompagnera cette commande d'un versement d'arrhes dont la signification sera double : affirmer d'une part la commande, c'est-à-dire prouver la conclusion du contrat; d'autre part, dédommager le commerçant des frais qu'il a faits pour se procurer en gros les objets dont il s'agit, au cas où le client renoncerait à poursuivre sa commande.

Rappelons enfin que les arrhes fonctionnent à la fois comme preuve et comme dédit se rencontrent chez les antiquaires, les bijoutiers, etc... (Voir *supra*, Section I).

B) Bail avec promesse de vente.

Il arrive souvent qu'un locataire se fasse consentir par son bailleur une promesse de vente et que cette promesse s'accompagne de la part du bénéficiaire d'un versement d'arrhes, étant stipulé au surplus que, au cas où l'option ne serait pas levée, les arrhes resteraient acquises au bailleur.

Certains auteurs ont refusé de voir là une application de l'article 1590. Comment, ont-ils dit, le bénéficiaire peut-il se retirer puisqu'il n'a rien promis ? De quoi peut-il se dédire puisqu'il n'a rien dit ? La promesse est

seulement unilatérale et non synallagmatique; si donc « il était prévu que le bénéficiaire soit obligé à restituer le double, c'est la peine prévue pour la rupture de l'engagement, donc cet engagement existe et la promesse est synallagmatique » (18).

Il est facile de réfuter cette objection (19). Certes il n'y a qu'une promesse unilatérale de vendre, promesse qui n'est pas corroborée par une promesse d'achat, mais il ne faut pas confondre promesse unilatérale et pollicitation. Dans ce dernier cas, il n'y a aucune manifestation de volonté de la part de celui à qui l'offre est faite. Au contraire, dans notre cas, il y a eu progrès. Le bénéficiaire de la promesse a pris acte de l'offre, tout en se réservant de réfléchir et de n'indiquer son option que postérieurement. Le bénéficiaire ne pourra pas se dédire du contrat qui n'est pas formé (il ne se formera que si l'option est levée) mais il pourra se dédire en ce sens qu'il reviendra sur son acceptation de la promesse, sur le fait qu'il a été bénéficiaire; c'est la renonciation à ce bénéfice qui constitue son dédit.

Les arrhes versées représentent les dommages-intérêts qui seront dus au promettant si le bénéficiaire ne lève pas l'option : en effet, dans ce cas, le promettant qui s'était engagé à vendre, subit un préjudice par l'immobilisation de la chose sur laquelle porte la promesse, préjudice prévu dira-t-on ? certes, mais rien n'interdit aux parties d'en prévoir la réparation.

Et alors de deux choses l'une : ou le bénéficiaire lève, ou il ne lève pas l'option. Dans le premier cas, la vente se forme, le préjudice n'existe pas et les arrhes viennent s'imputer sur le prix. Dans le deuxième cas, le préjudice est consommé, c'est la fonction réparatrice des arrhes qui apparaît.

Les arrhes peuvent être versées par le promettant,

(18) TOULLIER, Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, Paris, 1885, continué par DUVERGIER, t. 16, p. 142 et suivantes.

(19) Nous verrons même qu'avec une promesse unilatérale, la fonction de repentir est la seule que peuvent remplir les arrhes (*infra*, chap. III, Sect. 2 et suivantes).

leur fonction est identique; c'est un moyen de dédit pour ce dernier qui reste libre de ne pas accomplir sa promesse en perdant les arrhes ⁽²⁰⁾.

Une jurisprudence abondante prouve l'actualité de cet usage. Cf., Paris, 8 juin 1836 (S. 1837-2-85) et plus récemment, Lyon, 6 décembre 1928 (*Mond. jud. Lyon*, 15 janvier 1929), Paris, 14 mars 1929 (*Gaz. Trib.*, 1929, 2^e semestre, 2-199 et la note); Paris, 3 décembre 1930 (D. P., 1931-2-147); Paris, 11 février 1931 (*Gaz. Tr.*, 1931, 2^e semestre, 2-266); Paris, 7 novembre 1931 (D. H., 1932, p. 45).

C) Primes dans les marchés à terme ⁽²¹⁾.

Nous trouvons une autre application des arrhes-dédit dans les Bourses de Valeurs ou de Marchandises ⁽²²⁾.

Dans les Bourses de valeurs, une variété de marchés à terme consiste dans le fait que l'acheteur peut se réserver la faculté de résilier le contrat par le versement d'une prime.

Ainsi une personne charge son Agent de change de lui acheter 1.500 francs de rente 3 % à 72 dont 1.

Par cette stipulation, l'acheteur limite son risque et si au jour de la liquidation le 3 % cote 73,5, l'acheteur aura le choix : ou exécuter le marché — mais il doit

(20) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *op. cit.*, n° 83.

(21) Il ne s'agit pas ici de la vente avec prime, opération courante dans laquelle une des parties a le droit de renoncer au contrat en versant à l'autre une prime. C'est quelque chose d'analogue à la vente avec arrhes de l'article 1590 avec cette différence que la prime n'est versée qu'au moment où l'un des contractants se retire. Nous retrouverons ce cas lorsque nous étudierons le délit consensuel (*infra*, 2^e partie - Chap. II. Sect. 3).

(22) Voir, sur cette question, AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, § 302, p. 105, note 28 *bis*; LACOUR et BOUTERON, Précis de Droit commercial, 3^e édit., 1925, t. II, n° 1573; LYON-CAEN et RENAULT, Manuel de Droit commercial, 15^e éd., 1928, n° 841; THALLER, *op. cit.*, t. I, n° 963; JEANNOTTE-BOZERIAU, *op. cit.*, t. I, p. 91; MASSEBŒUF, Des marchés à primes dans les Bourses de valeurs (Paris, Londres, Berlin) (*Thèse, Paris*, 1923, p. 15 et suivantes); MONTARNAL, Manuel des opérations commerciales et financières de Banque et de Bourse, Paris, 1924, p. 312.

alors la différence entre le montant de l'opération et la prime qu'il a versée en garantie ⁽²³⁾ — ou y renoncer, mais abandonner le montant de la prime au vendeur.

Dans la pratique, on dit que l'on traite une valeur dont 5, dont 10, etc... L'acheteur se réserve le droit de résilier le marché moyennant une indemnité fixée à l'avance : la prime.

Cette opération présente pour l'acheteur l'avantage de limiter sa perte au montant de la prime qu'il abandonne au vendeur et pour ce dernier l'inconvénient de limiter son bénéfice au montant de la prime alors que sa perte n'est pas limitée.

L'option de l'acheteur doit se faire la veille de la liquidation. Elle a lieu sous forme de déclaration appelée dans le langage de la Bourse : la réponse des primes. Le silence de l'acheteur est interprété dans le sens d'un abandon de la prime, il suffit de rapprocher les cours.

Cette faculté n'est pas accordée dans les Bourses françaises aux vendeurs, seuls les acheteurs peuvent limiter les risques de leur spéculation ; c'est là un aspect de toutes les mesures boursières tendant à encourager la spéculation à la hausse (cf. art. 64 du Décret du 7 octobre 1890).

C'est une application manifeste des arrhes-dédit, la majorité des auteurs est en ce sens, et reconnaît que l'article 1590, Code civil, est applicable avec cette réserve que, dans ce cas, la faculté de se dédire n'est pas réciproque ; il n'y a rien d'extraordinaire à cela, puisque l'article 1590 n'est pas d'ordre public.

Certains auteurs avaient déclaré cette stipulation nulle par application de l'article 1174 du Code civil,

(23) Contrairement à ce que pensent certains auteurs, le montant de la prime est déposé par l'acheteur au moment où il donne son ordre. Voici la formule du bordereau d'achat dans l'exemple donné (cas où l'achat est confirmé) :

Frs 1.500 de rente 3 % à 72 dont 1.....	36.000 fr.
Prime en compte.....	500 fr.
Reste dû.....	35.500 fr.

c'est-à-dire comme contenant une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Ceci est inexact, car la résiliation exigera le sacrifice de la prime, la convention ne serait nulle que si le débiteur se réservait de rompre à sa fantaisie, sans payer de prime. Nous examinerons d'ailleurs cette question lorsque nous étudierons la nature juridique des arrhes-dédit (cf. *infra*, Titre I., Chap. II).

Les marchés à prime dans les bourses de marchandises se font dans les usages à des conditions beaucoup plus variées que ceux sur valeurs mobilières : il y a des marchés à prime pour l'acheteur et aussi pour le vendeur, c'est-à-dire, dans ce dernier cas, que le vendeur a le droit ou d'exécuter le marché en livrant les marchandises ou d'abandonner à l'acheteur la prime convenue.

La dernière question à envisager est celle du cumul de cette fonction de repentir avec la fonction confirmatoire. Souvent les arrhes seront à la fois un moyen de preuve et un moyen de dédit, c'est-à-dire qu'elles marqueront le moment de la formation du contrat tout en réservant à chacun des contractants la possibilité de se soustraire à leurs obligations. Mais les arrhes-dédit peuvent-elles se cumuler avec les arrhes-acompte ? certainement non, ces deux fonctions sont exclusives, l'une suppose un contrat ferme et constitue un commencement d'exécution, l'autre suppose un contrat d'existence précaire et représente le prix du dédit. L'opinion courante est que ces deux fonctions sont successives et l'on fait le raisonnement suivant : les arrhes versées sont un moyen de dédit et, dans le cas où le dédit ne serait pas exercé, un acompte sur le prix dû : si le contrat disparaît les arrhes sont le prix du dédit, l'indemnité de résiliation ; si le contrat est maintenu, c'est un acompte sur le prix dû.

Cette analyse nous paraît contraire à l'intention des parties et, au surplus, juridiquement inexacte.

L'intention des parties est, en effet, de considérer le versement d'arrhes ou comme un moyen de sortir du contrat ou comme un commencement d'exécution ; mais

ces deux idées sont contradictoires, elles ne peuvent se cumuler ni se succéder : la même somme ne peut être envisagée à la fois comme un acompte sur le prix et comme une indemnité de résiliation.

Juridiquement, si le contrat accompagné d'arrhes-dédit, ne disparaît pas, si le délai pour exercer la faculté de dédit expire sans qu'aucune des parties s'en soit prévalu, les arrhes ont manqué leur but : représentant le prix du dédit éventuel, elles deviennent sans cause entre les mains de celui qui les a reçues; elles devront donc être rendues. Mais il s'établit une compensation entre le prix qui devient exigible et le montant des arrhes : celles-ci s'imputent sur le prix par simple application des règles de la compensation et non pas parce qu'elles sont devenues un acompte. D'ailleurs, du jour où le délai pour se dédire est expiré, les arrhes cessent d'exister comme telles : le dédit étant devenu impossible, les arrhes, prix du dédit, perdent leur signification, mais on ne peut leur reconnaître celle d'acompte sur le prix, les parties ayant eu uniquement en vue la possibilité de se dédire.

L'intérêt de cette explication est le suivant : lorsque la compensation ne sera pas possible, il n'y aura aucune imputation du montant des arrhes sur le prix, elles devront être rendues à celui qui les a versées.

C'est ce qui arrivera dans un contrat de vente, lorsque l'acheteur qui aura versé des arrhes tombera en faillite. Cette dernière faisant obstacle à la compensation, le vendeur devra rendre les arrhes à l'acheteur et subira la loi du dividende. Certes le résultat est choquant, le vendeur avait une garantie entre les mains, il est forcé de s'en démunir alors qu'il ne touchera peut-être pas ce qui lui est dû. Mais c'est la seule construction juridique possible, on ne peut concevoir qu'une même somme ait ainsi une double signification.

La doctrine est unanime à déclarer que les arrhes sont un moyen de dédit et à défaut un acompte sur le prix, sans préciser s'il s'agit là d'une nouvelle fonction des arrhes ou de l'application des règles de la compen-

sation. Quant à la jurisprudence, elle semble admettre le cumul de ces deux fonctions; c'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Paris du 14 mars 1929 ⁽²⁴⁾.

La Société Lutetia avait passé un premier acte dit « engagement d'achat d'appartement » le 4 octobre 1924 avec une demoiselle C... Le 13 décembre suivant est passé entre les mêmes parties un bail avec promesse de vente. Le prix de vente est de 35.000 francs et la demoiselle C... verse immédiatement 17.500 francs d'arrhes. Il était stipulé qu'en cas de non réalisation de la promesse les arrhes seraient acquises à la Société; le prix du loyer était de 2.328 fr. 75. Quelques années après, arguant de l'importance anormale des arrhes, la demoiselle C... prétendit qu'en réalité elle était propriétaire de l'appartement, car il y avait eu vente parfaite et non bail avec promesse de vente, qu'en conséquence les arrhes étaient non pas un moyen de dédit, mais un acompte sur le prix. La Cour de Paris refusa cette manière de voir; elle suivit l'Avocat général Raynaud qui, dans ses conclusions, avait déclaré que devant les termes formels du contrat, il y avait eu bail avec promesse de vente et que les arrhes étaient à la fois « une avance sur le prix de la vente future et un dédit en cas de non réalisation. »

Or, en contractant, la Société Lutétia et la demoiselle C... n'avaient considéré les arrhes que comme un moyen de dédit; comment pouvaient-ils en faire un acompte sur le prix d'une vente dont on ne savait pas si elle se formerait ?

A notre avis, le défaut de réalisation de la fonction de dédit n'entraîne pas un changement de signification des arrhes versées. L'Ancien Droit ne considérait la fonction d'acompte sur le prix que comme une conséquence du fait que le dédit n'avait pas eu lieu; dans notre Droit, au contraire, la fonction des arrhes est triple avec cette particularité que la fonction de preuve peut se cumuler soit avec celle de dédit, soit avec celle d'acompte, mais que ces deux dernières sont exclusives l'une de l'autre.

(24) *Gaz. Trib.*, 1929-II-2-199.

SECTION III.

Fonction de Clause pénale.

Certains auteurs, notamment en Italie, prétendent que les arrhes remplissent une autre fonction, celle de clause pénale. Cette assimilation entre les deux stipulations semble difficile; en droit même, elle est impossible comme nous le verrons en étudiant la nature juridique des arrhes dédit (*Infra* 2^e partie, Titre I., Chap. II). car leur but est diamétralement opposé: la clause pénale a pour but l'exécution du contrat, les arrhes-dédit, au contraire, ont pour objet de faire disparaître ce contrat. Il y a donc une impossibilité juridique à ce que les arrhes remplissent une fonction de clause pénale.

Mais, en fait, cette assimilation pourra se produire: la fonction de repentir des arrhes pourra s'étendre et devenir analogue à celle de la clause pénale, dans le cas où la somme remise à titre d'arrhes sera très élevée par rapport à l'obligation principale.

Ainsi dans la vente d'une maison de 100.000 francs l'acheteur verse 80.000 francs d'arrhes.

Remarquons tout de suite que les parties auront dû prendre soin de stipuler que ces 80.000 francs ont été remis à titre d'arrhes-dédit, conformément à l'article 1590, car si elles ne disaient rien à ce sujet, se contentant de constater le versement de 80.000 francs d'arrhes, les tribunaux useraient de leur pouvoir souverain d'appréciation pour dire que les arrhes sont non pas un dédit mais un acompte, un commencement d'exécution.

Mais si ces 80.000 francs sont stipulés versés comme arrhes-dédit, comment s'analyse l'opération? de la façon suivante: Si l'une des parties voulait se retirer du

contrat, elle ne pourrait le faire qu'à des conditions très onéreuses, c'est-à-dire en perdant 80.000 francs. La stipulation de dédit assure ainsi indirectement l'exécution du contrat — n'est-ce pas là le but de la clause pénale — en interdisant pratiquement aux contractants de se dédire ; chacun d'eux préférera rester engagé dans les liens du contrat où il retirera certains avantages plutôt que de se dégager, mais de perdre une somme énorme.

Mais quel intérêt y a-t-il — dira-t-on — pour un contractant, à exiger une somme importante de son partenaire à titre d'arrhes, plutôt que de stipuler une clause pénale ?

Contentons-nous d'indiquer, pour l'instant, que le créancier y trouvera l'avantage d'avoir cette somme immédiatement, car le montant de la clause pénale ne sera versé que lorsque la défaillance du débiteur sera consommée ; c'est donc pour le créancier une garantie contre le risque d'insolvabilité de son débiteur.

La pratique nous fournit un exemple d'arrhes-dédit fonctionnant comme une clause pénale, dans les contrats de gérance de fonds de commerce avec promesse de vente ⁽²⁵⁾.

Parmi les contrats ayant pour objet un fonds de commerce, on rencontre notamment :

a) Le contrat de gérance libre. Ce contrat s'accompagne normalement d'un dépôt de garantie, somme versée par le gérant au propriétaire pour prémunir ce dernier contre la dévalorisation du fonds qui pourrait provenir du fait du gérant. Cette somme ne lui restera acquise que dans la mesure où il subit un préjudice et jusqu'à concurrence de ce préjudice.

b) Un pas de plus est fait, le gérant se fait consentir une promesse de vente. Le locataire pourra lever l'option moyennant un prix déterminé, la somme déposée en

(25) Voir ventes à tempérament et locations-ventes. Chronique de M. HAMEL, D. H. 1930, p. 40. Voir aussi : THIRION, Bail avec promesse de vente (*Thèse, Nancy, 1930, p. 32 et suivantes*).

garantie devant venir en déduction du prix, car dans ce cas le bailleur ne subit aucun préjudice.

c) Quelquefois le bailleur exige de son acheteur une promesse d'acheter pour assurer le caractère définitif de la cession, et comme il est stipulé que la somme remise à titre de garantie restera acquise même si l'option n'est pas levée, le locataire se trouve contraint de lever l'option par la menace de perdre la somme versée.

Dans ce cas, dit M. Thirion, le dépôt de garantie est en réalité des arrhes-dédit. Peut-être, mais comme la somme de garantie est en général assez élevée (30 à 40.000 francs), ces arrhes-dédit joueront comme une clause pénale, sanctionnant le refus de lever l'option, c'est-à-dire interdisant pratiquement cette solution.

La jurisprudence, d'abord assez hésitante, semble maintenant déclarer qu'une telle opération est en réalité une vente ⁽²⁶⁾. Telle est également la conclusion de M. Hamel : « L'engagement pris par le gérant de faire abandon de la garantie prouve que cette garantie est un acompte sur le prix...

« ... Il ne faut pas que l'ingéniosité des hommes d'affaires empêche les juges de rechercher la volonté des contractants : ou la convention est une gérance avec promesse de vente, elle est valable à condition que le gérant conserve la liberté ou non d'acheter; ou le bénéficiaire est enchaîné par les conditions du contrat : c'est une vente. »

Il n'en reste pas moins vrai que, dans la mesure où cette opération a été reconnue valable, c'est-à-dire dans le cas où le bénéficiaire peut ou non lever l'option, le dépôt de garantie est en réalité de véritables arrhes fonctionnant comme une clause pénale, car si la somme remise est assez élevée, ce droit d'option devient théorique et sous cette pression le bénéficiaire acceptera, le résultat aurait été le même si une véritable clause pénale avait été stipulée.

(26) En faveur de la validité : Paris, 18 mai 1929 (*Gaz. Pal.*, 17 décembre 1929; *Contra* : Paris, 9 janvier 1929) et 28 octobre 1929 (*Gaz. Pal.*, 10 décembre 1929).

SECTION IV.

Caractère commun à ces différentes fonctions. Signification profonde des arrhes.

La fonction de clause pénale est accidentelle, c'est une simple analogie dans le résultat obtenu; il ne nous reste donc que les deux fonctions : confirmatoire ou de repentir des arrhes. Or ces deux fonctions semblent en opposition. D'un côté, en effet — fonction confirmatoire — les arrhes renforcent le lien contractuel en concrétisant l'accord des consentements (preuve) ou en constituant un commencement d'exécution (acompte); de l'autre, au contraire — fonction de repentir — elles rendent précaire un contrat dont l'existence sans elles était définitive.

Si paradoxal que cela puisse paraître, il ne semble pas impossible cependant de rapprocher ces deux fonctions et d'y voir plutôt que deux idées opposées, des applications d'une idée plus générale qui serait en quelque sorte la signification profonde des arrhes.

Dans tout contrat, en effet, il y a toujours une des parties qui est plus forte que l'autre, une partie qui fait la loi. L'une des parties souscrira à des conditions plus onéreuses que l'autre et cela sous l'empire de diverses nécessités sociales, économiques, etc... Il y a en somme toute une gamme dont la note la plus basse est la complète égalité — cas idéal — et la note la plus haute le contrat d'adhésion. Il y a donc toujours un des contractants qui a plus d'intérêt que l'autre à ce que le contrat soit maintenu : ce contractant ou bien versera des arrhes pour marquer sa volonté de s'engager ou bien en exigera de son partenaire pour être bien sûr que le contrat sera maintenu; les arrhes, en effet, ne changent pas de sens selon qu'elles sont versées par l'une ou l'autre partie.

C'est donc en dernière analyse une garantie contre le risque d'inexécution du contrat. Si les arrhes jouent le rôle de preuve, le créancier acquiert la certitude de pouvoir prouver l'existence de son droit, si le débiteur lui conteste. Si les arrhes sont un acompte, leur versement immédiat entre les mains de l'un des contractants constitue pour lui une première garantie que son débiteur s'exécutera intégralement d'autant plus que la remise des arrhes s'accompagne d'un engagement tacite de verser le solde; elles sont un simple commencement d'exécution : le débiteur par ce versement reconnaît le droit du créancier.

La même idée de garantie se retrouve pour les arrhes-dédit avec cette seule différence que cette garantie n'a plus le même objet. En effet, la convention des parties elle-même comporte la faculté de se retirer mais en perdant les arrhes ou une somme équivalente. Chacun des contractants est donc assuré que si l'autre fait défaut, il sera indemnisé de ses démarches, de ses frais, etc..., en un mot du préjudice résultant pour lui de l'inexécution. C'est donc encore une idée de garantie qui domine, seulement l'objet est différent : au lieu de porter uniquement sur l'exécution du contrat, elle porte sur la réparation du préjudice qui résulte de l'inexécution du contrat.

C'est en quelque sorte une garantie au deuxième degré, la garantie au premier degré portant sur l'inaccomplissement des obligations nées du contrat, alors qu'en cas de dédit il s'agit de la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette inexécution.

C'est, en outre, une garantie renforcée : par rapport aux contractants puisqu'elle est partagée, chacun ayant le droit de se retirer, dans le cas d'arrhes acompte seul celui qui a reçu les arrhes est garanti; par rapport au contrat ensuite, car si la somme versée est assez élevée, chacun hésitera à perdre cette somme, il y aura peu de chance que la faculté de dédit soit exercée. C'est dans ce cas que certains parlent de clause pénale. Quelle meilleure sûreté peut-on avoir que la quasi-certitude de l'exé-

cution des obligations de son cocontractant ? C'est Domat qui a mis cette idée en lumière : « Les arrhes, at-il dit, sont comme un gage que l'acheteur donne au vendeur en argent ou en autre chose soit pour marquer plus sûrement que la vente est faite ou pour tenir lieu de paiement d'une partie du prix, ou pour régler les dommages-intérêts contre celui qui manquera d'exécuter la vente » (27).

Avec cette idée de garantie, nous sommes sur les frontières du droit et de la morale. En effet, quelle que soit la fonction des arrhes, leur signification profonde est l'assurance fournie par celui qui les verse de donner suite au contrat; c'est donc en quelque sorte une garantie, que le principe du respect des conventions sera observé. Les arrhes apparaissent alors comme la sanction du respect de la signature et de la parole données. C'est par leur truchement que cette obligation de faire honneur à ses engagements déborde le domaine de la Morale pure et passe dans celui du Droit.

Si les arrhes sont une preuve ou un acompte, elles viennent affirmer d'une façon concrète la bonne foi de celui qui les verse, son engagement se double d'un commencement d'exécution ou s'extériorise, se concrétise dans un versement symbolique. Si, au contraire, les arrhes sont un moyen de dédit, elles sanctionnent le principe de l'intangibilité des engagements en ne permettant pas que l'on renie impunément sa parole ou sa signature.

Le respect du contrat est, en effet, un des premiers principes de la morale, la foi donnée doit être conservée. « Qu'il s'agisse d'un traité ou d'une convention, la morale ne peut tolérer qu'un contractant sans conscience méprise comme un chiffon de papier le titre qui constate ses obligations » (28).

La véritable fonction des arrhes est donc de conserver au contrat « le caractère sacré qu'il tire de la parole

(27) Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, 1777, t. I. Du contrat de vente, titre II, section 6, n° 12 à 15.

(28) RIPERT, La règle morale dans les obligations, n° 22, p. 33.

donnée, du devoir de conscience imposé au débiteur, du droit légitime du créancier qui a foi dans la parole donnée ». Cette règle morale devient juridique « grâce à une injonction plus énergique et à une sanction extérieure nécessaire pour le but à atteindre » (29). Les arrhes constituent une de ces sanctions au même titre que la résolution prévue par l'article 1184 ou l'exception non *adimpleti contractus*.

Dans notre cas, le principe posé par M. Ripert dans son ouvrage « La règle morale dans les obligations civiles », prend toute sa signification : « Il n'y a, en réalité, entre la règle morale et la règle juridique, aucune différence de domaine, de nature et de but. Il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale » (30). Il y a une simple différence de caractère dans la sanction.

La signification profonde des arrhes c'est qu'elles sont une sanction juridique de la règle morale du respect des conventions.

(29) GENY, Science et technique, t. II, p. 361.

(30) Page 11, n° 6.

CHAPITRE II

INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE DES ARRHES

Le plus souvent, c'est le juge qui est amené à dire quel sens il faut donner dans un contrat à une stipulation d'arrhes, quel rôle ce versement remplit; les contractants, en effet, se contentent le plus souvent de constater ce versement sans s'étendre ni s'entendre sur sa signification.

Quelques exemples vont nous le prouver :

a) Un constructeur d'automobiles vend une de ses voitures pour un prix déterminé payable à la livraison. L'acheteur verse immédiatement une certaine somme « à titre d'arrhes ». Puis la voiture n'est pas livrée en temps utile, l'acheteur assigne le constructeur pour livraison immédiate donnant comme argument que les arrhes versées étaient un acompte sur le prix. Le constructeur répond en offrant le remboursement des arrhes au double, la somme reçue à ce titre réservant, dit-il, à chacun la faculté de se dédire (1).

C'est le juge qui va trancher ce conflit.

b) Ou bien c'est une société immobilière qui loue un

(1) Espèce empruntée à un jugement du Tribunal civil de Clermont (Oise), 20 déc. 1920 (*Gaz. Pal.*, 1921-1-113). Voir également Paris, 29 novembre 1930 (*Gaz. Pal.*, 1931-1-128) déjà cité.

appartement et qui stipule, au profit de son locataire, une promesse de vente dans un délai déterminé, sous la condition d'un versement de tant à titre d'arrhes. Le délai expire sans que l'option soit levée, le locataire prétendant qu'en réalité il est propriétaire depuis le jour du contrat qui est non pas un bail mais une véritable vente, que les arrhes constituent un acompte. La société renonce en déclarant que les arrhes n'étaient qu'un dédit, le contrat étant un bail avec promesse de vente (2).

c) De même encore en matière de lotissements. Une société loue un terrain et consent une promesse de vente, ce contrat est accompagné d'un versement d'arrhes. Plus tard, cette société demande la rescision pour lésion, le prix du terrain s'étant accru. Les locataires répondent que le délai de deux ans prévu par l'article 1676 du Code civil pour intenter utilement cette action est écoulé, car en réalité la vente était parfaite depuis le versement des arrhes qui constituaient un acompte (3).

Dans tous ces cas, c'est une question d'interprétation de la stipulation d'arrhes qui se pose, c'est au juge qu'il appartient de répondre.

Nous avons la bonne fortune de posséder sur ce point l'opinion de la Cour de cassation, opinion récente qu'elle a exprimée dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 décembre 1927 (4). Nous allons retracer les faits qui ont motivé cet arrêt, puis nous exposerons la solution de la Cour suprême, nous essaierons de l'expliquer, de la justifier, enfin nous verrons, en face de cette jurisprudence, l'opinion de la doctrine.

Suivant acte sous signatures privées au 2 mars 1926, Pinet vend à Dumas un immeuble avec fonds de commerce sis aux Baux, pour le prix de 75.000 francs. Les parties conviennent qu'il sera passé acte authentique de

(2) Paris, 14 mars 1929 (*Gaz. Trib.*, 1929, II-2-199).

(3) Cette question se posa avec une telle acuité qu'une loi fut votée (30 juillet 1930, art. 1589, al. 2 du Code civ.). Nous la retrouverons au chap. III. Sect. 2.

(4) D. P., 1928-1-166. — *Gaz. Pal.* 1928-1-434.

leurs conventions; elles se donnent rendez-vous chez le notaire pour le 9 mars suivant et stipulent que le prix sera payable à la signature de l'acte notarié. Dumas verse sur le champ 2.000 francs d'arrhes.

Au jour dit, Pinet, le vendeur, ne se présente pas chez le notaire. Dumas l'assigne en résiliation de la vente et le Tribunal de première instance lui donne gain de cause. Pinet fait appel et la Cour d'Aix rend, le 15 juillet 1926, un arrêt réformant le jugement de première instance.

« Attendu, dit-elle, qu'à l'ensemble des circonstances
« dans lesquelles la convention est intervenue, ni la stipulation que la prise de possession de l'immeuble
« vendu est immédiate, ni la minimité de la somme versée par rapport au prix convenu, ni aucune autre circonstance accessoire de la cause n'étant déterminante
« de l'intention des parties sur le sens qu'elles ont entendu donner aux arrhes versées et en l'absence d'une
« manifestation contraire de la volonté des parties, il y
« a lieu de considérer les arrhes données dans l'espèce...
« comme un moyen de dédit conformément à l'article 1590.

« Par ces motifs, réforme... »

Dumas se pourvoit en cassation contre cet arrêt :
« Pour violation des articles 1134 et 1590 du Code civil,
« reprochant à cet arrêt d'avoir dénaturé le sens et les
« termes de la convention, la somme versée constituant
« un acompte sur le prix d'une vente parfaite et définitive, et soutient que le vendeur a usé de la prétendue
« faculté de dédit postérieurement à l'expiration du délai convenu » (5).

(5) Ce deuxième motif du pourvoi est peu habile. La Chambre des Requêtes l'a rejeté comme moyen nouveau. De quel délai s'agit-il ? Uniquement de celui convenu pour passer la vente chez le notaire. Mais la passation de l'acte chez le notaire n'équivaut pas à l'exécution des obligations découlant du contrat de vente passé trois jours avant. D'ailleurs ce moyen semble en contradiction avec le premier. En effet, si les arrhes sont un acompte, comme le prétendait Dumas, c'est que la vente est par-

La Chambre des requêtes a rejeté ce pourvoi : « At-
« tendu, dit l'arrêt, que la Cour d'appel, à défaut de
« manifestation contraire de la volonté des parties, a pu
« déclarer que les arrhes devaient être considérées con-
« formément à l'article 1590, comme un moyen de dédit;
« qu'en statuant ainsi elle a interprété le contrat sans
« le dénaturer et sans violer les textes visés au pourvoi. »

La Chambre des requêtes adopte le point de vue de la Cour d'Aix et reproduit, en substance, son principal attendu.

Nous pouvons facilement déduire de cet arrêt la solution de la Cour de cassation; deux cas peuvent, en effet, se présenter. Les parties peuvent déclarer qu'elles se remettent des arrhes, soit pour servir d'acompte, soit pour se réserver la possibilité de se rétracter. Ou bien elles peuvent — et c'est le cas le plus général — constater seulement le versement d'arrhes sans s'expliquer sur leur rôle. Envisageons ces deux cas.

a) Les parties ont exprimé clairement leur volonté. Elles sont, en effet, libres de donner aux arrhes versées la signification qu'elles veulent. La convention fait la loi des parties (art. 1134) et le juge ne pourrait pas décider qu'un versement d'arrhes spécifié, fait à titre de dédit, n'était en réalité qu'un acompte sur le prix; il ne peut que constater cette convention et il lui est interdit, sous

faite (au sens de l'article 1138 du Code civil, c'est-à-dire consommée, accomplie) dès la signature de l'acte sous signatures privées. Le fait d'aller chez le notaire n'ajoutait rien à la « perfection » de la vente, la preuve en est que le vendeur avait été cité en « résiliation de la vente ».

Ce second moyen condamnait Dumas qui laissait entrevoir l'existence d'une faculté de dédit résultant du versement d'arrhes. Ce n'est pas l'expiration de ce délai de trois jours qui avait forcé le vendeur. Le fait de convenir dans un acte sous seings privés de passer postérieurement la vente par acte authentique entraîne une simple obligation de faire (Cf. Melun, 25 juillet 1930, *La Loi*, 15 oct. 1930), mais ce n'est pas une obligation résultant du contrat de vente, à moins de convention spéciale des parties subordonnant la conclusion de leur contrat à la rédaction d'un acte authentique : or une telle convention n'existait pas dans notre espèce.

prétexte d'interprétation, de dénaturer la volonté des contractants. Ainsi il ressort d'un arrêt de la Chambre civile du 8 mai 1933 ⁽⁶⁾, qu'il n'est pas permis aux juges de modifier sous prétexte d'équité ou pour tout autre motif, une convention librement conclue par les parties et licite. Toutefois, il n'est pas interdit au juge de dire que les parties ont qualifié arrhes un versement qui, en réalité, n'en était pas. Les tribunaux ont le droit, en effet, de rétablir la véritable nature des actes.

b) Les parties n'ont pas dit expressément quel sens elles attachaient à la remise d'arrhes. Elles ont pu même ne pas employer le mot arrhes. Le juge se posera alors successivement deux questions :

1° La somme remise constitue-t-elle des arrhes ? En effet, il arrive souvent qu'en dehors du prix, l'un des contractants remette à l'autre une somme d'argent : ce peut être une avance de frais, des loyers d'avance, un dépôt de garantie, ou un acompte, ou des arrhes-dédit : « En présence d'un versement fait par un acquéreur au moment de la conclusion d'un contrat sans affectation déterminée » — dit un jugement du Tribunal de Lyon du 25 janvier 1899 ⁽⁷⁾ — « le juge a tout pouvoir pour apprécier en fait le caractère de ce versement et pour dire si c'est un versement à compter sur le prix ou au contraire un versement à titre d'arrhes. »

Le juge peut — ou doit même — rechercher le véritable caractère d'un tel versement. S'il conclut qu'il est en présence d'arrhes, la deuxième question se pose :

2° Quelle est la nature de ces arrhes ? Constituent-elles une preuve, un acompte, ou réservent-elles la possibilité de se dédire ; en d'autres termes, révèlent-elles un contrat définitif ou précaire ?

(6) D. H., 1933-295.

(7) *Monde judiciaire de Lyon*, 24 octobre 1899. Dans le même sens : Montpellier, 21 mars 1921, *Gaz. Trib.*, 1921. Table des sommaires. V° Ventes, n° 14 : « Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier la portée qu'ont attachée les parties au versement d'arrhes effectué par l'acheteur au moment de la conclusion d'une vente d'automobile. »

Les parties n'ayant pas précisé ni expressément, ni tacitement — c'est-à-dire aucune des circonstances ayant entouré le contrat ne révélant leur volonté à ce sujet — l'interprétation qui prévaut, proclame la Chambre des requêtes, est celle de l'article 1590 du Code civil, c'est-à-dire un dédit : « Attendu que la Cour d'appel, à défaut de manifestation contraire de la volonté des parties a pu déclarer que les arrhes devaient être considérées conformément à l'article 1590 comme un moyen de dédit; qu'en statuant ainsi elle a interprété le contrat sans le dénaturer », etc...

En somme, le juge a tous pouvoirs pour rechercher la volonté des parties lorsque celle-ci n'est pas clairement exprimée; à défaut, il se réfère à l'article 1590 du Code civil qui pose une présomption légale d'interprétation.

Examinons la nature de pouvoir discrétionnaire du juge, et quelles sont ces « circonstances » auxquelles le juge peut avoir recours.

A) La recherche de la nature du pouvoir du juge en cette matière est très simple : il s'agit uniquement de l'interprétation d'une convention. Le juge puise son pouvoir dans les articles 1156 et 1164 du Code civil; la jurisprudence est solidement fixée en ce sens; un arrêt de la Chambre des requêtes du 5 juillet 1901 ⁽⁸⁾ disait déjà : « Les conventions doivent être interprétées moins selon leurs termes que d'après le but poursuivi par les parties. »

Pourtant la solution de la Chambre des requêtes semble en contradiction avec un texte du Code, l'article 1162, qui déclare : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » Cet article trouve son écho dans la vente sous l'article 1602 : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. » Il semble donc que, dans notre cas, c'est-à-dire lorsque le juge est embarrassé et ne perçoit pas l'intention, le but poursuivi

(8) S. 1902-1-213.

par les parties, lorsque — suivant l'expression du Code — il y a doute, ce n'est pas fatalement l'article 1590 qui doit s'appliquer, c'est d'abord l'article 1162, c'est-à-dire que le juge doit interpréter les arrhes dans le sens le plus favorable pour le débiteur. L'article 1590 ne devrait s'appliquer que lorsqu'il sera de l'intérêt du débiteur de l'obligation que les arrhes soient interprétées comme un dédit. C'est ce que ne craint pas d'affirmer la Cour de Paris — en contradiction avec la Cour suprême — dans un arrêt récent du 16 février 1931 ⁽⁹⁾ :

« Considérant que l'article 1590 ne crée pas une présomption légale de moyen de dédit, mais envisage simplement une application possible des arrhes, il faut rechercher la signification réelle pour chaque cas dans l'intention des parties;

« Considérant qu'en l'espèce cette intention ne saurait être dégagée de l'acte litigieux et de la correspondance qui s'en est suivie;

« ... qu'il échet d'appliquer les préceptes inscrits aux articles 1162 et 1602 du Code civil, c'est-à-dire qu'en raison de son ambiguïté, l'acte en cause doit dans le doute être interprété contre le vendeur. »

On ne peut être plus net. Pourtant nous estimons que l'opinion de la Cour de cassation est beaucoup plus fondée.

Tout d'abord, la règle posée dans les articles 1162 et 1602 Code civil, n'est pas une règle générale; elle n'est pas en tout cas la seule règle applicable lorsqu'il y a doute pour interpréter un contrat, c'est un des fils conducteurs que le législateur a donné au juge pour retrouver le but poursuivi par les contractants, mais ce n'est pas le seul. De plus, ces règles n'ont pas un caractère impératif, elles ne constituent que des conseils donnés aux juges et non des règles absolues. De même, l'ordre dans lequel elles sont énoncées, n'est pas obligatoire ⁽¹⁰⁾.

(9) *Gaz. Pal.*, 1931-1-756. En même sens : Lyon, 15 juillet 1888 (*Gaz. Pal.*, 27 octobre 1888).

(10) En ce sens : Req., 13 février 1883, D. P. 1884-1-83; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, t. I, n° 553.

Enfin, nier la présomption posée par l'article 1590 est contraire à l'article 1134 : le législateur n'a pas entendu seulement donner dans cet article un sens du mot arrhes, mais au contraire en donner le sens général, celui que l'on doit adopter si les parties ne l'ont pas écarté.

Tout ceci est confirmé par les travaux préparatoires du Code civil. Portalis ⁽¹¹⁾, dans l'exposé des motifs, déclare : « Si les arrhes tiennent à une convention qui en détermine l'effet, il faut suivre exactement cette convention. S'il n'y a pas de convention expresse, alors faute d'exécution du contrat de la part de l'acheteur, les arrhes sont perdues pour lui et faute d'exécution de la part du vendeur celui-ci est tenu de rendre à l'acheteur le double des arrhes qu'il a reçues. »

Cette phrase n'est pas passée tout entière dans l'article 1590 du Code civil, qui ne mentionne ni la liberté laissée aux parties de donner au versement des arrhes telle signification qui leur convient, ni leur obligation en ce cas de s'en expliquer expressément. La jurisprudence de la Cour de cassation retient la partie favorable aux contractants; faculté de donner n'importe quel sens au versement des arrhes; elle écarte la nécessité d'une manifestation expresse de volonté. Dès lors, la solution de chaque espèce relève de l'appréciation du juge qui cherche à déterminer la véritable intention des parties d'après les termes de la convention, les circonstances, les usages locaux et, en cas d'échec, qui applique l'article 1590.

La doctrine préconisait déjà la solution consacrée par la Cour de cassation : « La présomption établie par le Code est que la convention d'arrhes est une convention de dédit », dit Colmet de Santerre (*op. cit.*, t. 7, 11 *bis*, n° 111), et Guillouard (*op. cit.*, t. I, p. 21) s'explique de la même façon.

Cette interprétation est, au surplus, conforme à notre Ancien Droit. Domat, dans ses « Lois civiles » ⁽¹²⁾, après

(11) FENET, t. XIV, p. 115, Paris, 1777.

(12) Tome I, tit. II, sect. VI, n° 12 à 15.

avoir énoncé les diverses fonctions des arrhes, déclare : « Ainsi les arrhes ont leur effet selon ce qu'il a été convenu », et il ajoute : « S'il n'y a pas de convention expresse qui règle quel sera l'effet des arrhes contre celui qui manquera d'exécuter le contrat de vente, si c'est l'acheteur il perdra les arrhes, et si c'est le vendeur il rendra les arrhes et encore autant. »

Ainsi l'article 1590 Code civil pose une présomption légale d'interprétation des arrhes, présomption qui peut être écartée expressément ou tacitement par les parties.

B) Le juge n'appliquera donc l'article 1590 qu'en dernière analyse, lorsqu'il aura constaté que telle est la volonté des parties ou bien, au contraire, qu'elles ne l'ont point manifestée. Son rôle consiste donc à rechercher cette volonté, ce but, et pour ce faire le juge s'aidera de diverses présomptions variables suivant les hypothèses, c'est ce que la Chambre des requêtes appelle les circonstances entourant la formation du contrat. Nous ne prétendons pas dresser un tableau complet de ces circonstances, puisque chacune d'elles constitue un cas d'espèce : nous voulons seulement, d'après les arrêts qui nous sont connus, citer les circonstances les plus couramment admises.

1. Le plus souvent, le juge devra tenir compte du sens donné aux termes employés, dans le lieu où le contrat a été passé, car les parties ont dû subir l'influence ambiante (article 1159). Ainsi dans la région de Lyon on a coutume de voir dans les arrhes un acompte ; la plupart des arrêts du Tribunal de Lyon en font état, à tel point que ce Tribunal avait cru pouvoir donner une solution générale en posant une présomption d'acompte ⁽¹³⁾, ce qui est erroné, ainsi que nous l'avons déjà dit. S'il est d'usage de voir dans les arrhes un acompte, cela prouve seulement que l'article 1590 Code civil n'est pas d'ordre public et que l'usage y a dérogé. A Montpellier, il a été jugé dans le même sens que, lorsque dans une vente de vin, l'acheteur remet au vendeur une somme d'argent, en

(13) Lyon, 27 avril 1900, *Monde Jud.* Lyon, 25 juin 1900.

reconnaissant qu'elle est imputable à titre d'arrhes sur le prix des quantités qui seront livrées, il ne résulte pas de ce mot arrhes que la somme ainsi versée représente un dédit à payer par la partie qui renoncerait au contrat; fut-elle employée seule, cette expression doit être considérée comme synonyme d'acompte quand, d'après les usages de la région, les versements faits par l'acheteur lors de la conclusion du contrat, sont destinés à assurer la bonne exécution des marchés et comme tels imputables sur les dernières livraisons ⁽¹⁴⁾.

A Paris, au contraire, l'usage est conforme au texte; il en est de même dans la région de Marseille; c'est ce qui résulte des différents arrêts déjà cités.

2. Parfois, les diverses clauses de l'acte s'éclaireront les unes par rapport aux autres, et leur rapprochement indiquera la signification des mots contenus dans chacune d'elles.

Il arrive que les parties dissimulent leurs conventions derrière un contrat quelconque, le plus souvent dans le but d'échapper soit totalement, soit partiellement, au paiement des droits d'enregistrement. Ainsi, nous l'avons déjà vu, l'acheteur et le vendeur d'un fonds de commerce dissimulent quelquefois la cession derrière un contrat de gérance doublé d'une promesse de vente et d'une promesse d'acheter. L'ingéniosité des hommes d'affaires est inépuisable ! Le juge usera de son pouvoir pour rétablir la véritable nature de la convention et ce premier travail lui servira de base pour déterminer le sens d'un versement d'arrhes. En effet, la prétendue gérance n'est qu'une vente, les différents versements effectués ou à effectuer ne sont que le solde du prix, le premier versement, quel que soit la qualification donnée, arrhes, dé-

(14) Cf. Montpellier, 26 fév. 1915, *Gaz. Pal.*, 1912-1920, v° Vente, n° 127; *Gaz. Trib.*, 30 juillet 1916. — Dans le même sens : Lyon, 14 janvier 1898, 25 janvier 1899 et 27 avril 1900 (*Gaz. Pal.*, Tables, 1897-1902, v° Ventes, nos 154 à 156); Clermont, 20 décembre 1920 (*Gaz. Pal.*, 1921-1-113); Montpellier, 21 mars 1921 (*Gaz. Pal.*, 1921-1. Tables, *loc. cit.*, n° 14).

pôt de garantie, etc..., n'était, ne pouvait être, qu'un acompte ⁽¹⁵⁾.

De même on ne peut supposer le caractère d'arrhes, moyen de dédit, à une somme versée par l'acheteur au vendeur, lorsqu'il s'agit d'une vente subordonnée à une condition indépendante de la volonté des parties, spécialement de la cession de la gérance d'un bureau de tabac, cette cession ne pouvant sortir son effet que si l'Administration agréé le cessionnaire ⁽¹⁶⁾. A défaut d'agrément, le cessionnaire est en droit de répéter la somme par lui versée sans qu'on puisse lui opposer l'article 1590. La somme ne pouvait être tout au plus qu'un acompte sur le prix, l'opération ne se réalisant pas, cette somme doit être restituée.

3. Parfois aussi le juge s'inspirera du principe de l'article 1162 du Code civil et interprétera la clause litigieuse dans le sens le plus favorable au débiteur. En effet, ce n'est pas un principe général que l'on doit obligatoirement appliquer (ainsi que nous l'avons démontré plus haut), mais le juge pourra recourir à cet article pour pénétrer l'intention des contractants.

4. En somme tout dépend des circonstances, aucune de ces présomptions ne saurait être dirigée en une règle qui lierait les magistrats. C'est par des considérations de pur fait que le juge devra se laisser guider dans son examen et en notre matière il s'attachera très souvent à l'importance de la somme versée à titre d'arrhes par rapport au prix dû dans le contrat principal. « Considérant — dit un arrêt de la Cour de Dijon du 15 janvier 1845 ⁽¹⁷⁾ — que les arrhes données par les intéressés n'ont aucune espèce de rapport avec l'importance de la convention, qu'il est donc impossible de les envisager comme la représentation des dommages-intérêts fixés en cas d'inexécution... » Si la somme est très minime, on la considèrera

(15) Cf. Nancy, 4 mars 1927, précité.

(16) Marseille, 17 février 1905 (*Gaz. Pal.* Tables, 1902-1907. V^o Vente, n^o 119 et suivants).

(17) S. 1846-2-163; D. P. 1845-2-109.

comme un symbole, les arrhes ne sont qu'une preuve; la somme est-elle un peu plus élevée ? on la considérera comme la peine sanctionnant le renoncement de chacun des contractants, comme un dédit. Si au contraire la somme est importante, elle est révélatrice d'un contrat définitivement formé, d'un acompte. De nombreuses décisions de jurisprudence font mention de la prise en considération de cet élément par le juge ⁽¹⁸⁾.

5. Le juge prend encore quelquefois en considération la personne de l'un des contractants, sans s'attacher pour cela à celui qui a reçu ou donné les arrhes; nous avons vu que ce fait ne changeait rien au rôle joué par les arrhes. Ainsi lorsqu'un contrat est conclu entre une ville et un particulier et que les arrhes sont versées, il est certain que cette ville a entendu passer un contrat ferme et non un acte de spéculation. « On ne s'expliquerait pas qu'une ville, en l'espèce la ville de Paris — dit le Tribunal d'Epervy, le 10 février 1922 ⁽¹⁹⁾ — ait conclu une vente avec arrhes ou clause de dédit, alors que par ce contrat... elle ne poursuivait pas un but de lucre mais voulait se débarrasser d'une marchandise devenue sans utilité pour elle » (Il s'agissait de stocks de guerre et les acheteurs avaient versé 6.500 francs d'arrhes).

Cette jurisprudence n'a donc rien de révolutionnaire, elle est conforme à la doctrine classique de l'interprétation des contrats en Droit français qui donne aux magistrats un pouvoir arbitraire à peu près absolu ⁽²⁰⁾ et tous les auteurs contemporains sont d'accord avec la Cour de cassation.

C'était déjà l'avis des auteurs du siècle dernier et du début de notre siècle. Seuls, Aubry et Rau ont fait excep-

(18) Voir, en ce sens : Nancy, 4 mars 1927, cité dans THIRION, *op. cit.*, p. 37; Aix, 15 juillet 1926, déjà cité (ss. Req., 26 décembre 1927, D. P. 1928-1-166); Paris, 14 mars 1929 (*Gaz. Trib.*, 1929-II-2-199); Paris, 31 Octobre 1931 (D. H. 1931-562).

(19) *Gaz. Trib.*, 1922-1-525. Voir le commentaire dans la *Rev. trim. Droit civ.*, 1922, p. 634.

(20) Cf. Georges DEREUX, De l'interprétation des actes juridiques privés (*Thèse, Paris*, 1905).

tion. Ils ont essayé de préciser les divers cas dans lesquels la remise d'une somme d'argent constitue des arrhes-dédit; ils posaient les principes suivants ⁽²¹⁾ :

a) Une somme remise par le vendeur à l'acheteur, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou vente actuelle, constitue des arrhes (moyen de dédit).

b) Il en est de même pour une somme remise par l'acheteur au vendeur à l'occasion d'une promesse de vente ou d'une vente sous condition suspensive quel qu'en soit l'objet.

c) La somme remise par l'acheteur au vendeur à l'occasion de la vente pure et simple d'une chose mobilière non encore livrée ou lors d'une cession de créance, doit être envisagée comme à titre d'arrhes (débit) plutôt qu'à titre d'acompte sur le prix.

d) Une somme remise par l'acheteur au vendeur lors de la vente pure et simple d'un immeuble est à considérer comme acompte, sauf dans le cas où le prix serait payable à terme ou dans celui où les parties seraient convenues de faire constater la vente par écrit.

Ainsi que le dit Planiol ⁽²²⁾, cet effort était inutile; cette distinction était vouée à l'échec, car elle était beaucoup trop vague.

Pourquoi rechercher des cas types et vouloir y comparer toutes les hypothèses qui peuvent se présenter ? La vie journalière est excessivement variée; le but poursuivi par les contractants diffère dans chaque espèce; pourquoi enfermer le juge dans des solutions toutes faites et ne pas lui laisser l'initiative de rechercher la volonté des parties ? Pourquoi, au surplus, la matière des arrhes serait-elle en dehors de notre doctrine d'interprétation des conventions ? La stipulation d'arrhes n'est-elle pas une convention ? Il n'est dit, nulle part, ni en doctrine, ni en jurisprudence, ni dans les textes, que l'on doive abandonner, lorsqu'il s'agit d'arrhes, les grands principes

(21) *Op. cit.*, t. V, § 349, note 37.

(22) *Op. cit.*, t. X, n° 208.

de notre Droit, que ce soit celui de la liberté des contrats ou celui de l'autonomie de la volonté.

Concluons : Il résulte de l'historique de l'article 1590 du Code civil, que le juge a posé une fois pour toutes l'interprétation du mot arrhes, mais cette présomption n'a rien d'absolu, cet article n'est nullement d'ordre public et les parties peuvent y déroger soit expressément, soit tacitement, en poursuivant un but différent; dans ce dernier cas, la perspicacité du juge est à l'épreuve. On peut regretter que les rédacteurs du Code civil aient négligé de dire qu'une dérogation expresse à l'article 1590 était indispensable, mais on est forcé de reconnaître que la solution actuelle cadre bien avec la théorie française de la volonté interne, seul le but compte, peu important les mots sous le couvert desquels ce but est poursuivi.

Remarquons enfin que la recherche de l'intention des contractants, l'interprétation des circonstances ayant entouré la cause, constituent le travail du juge du fait, mais que la Cour de cassation, bien que ne jugeant pas le fait, pourra être amenée à connaître de ces circonstances; elle admet, en effet, les pourvois pour fausse application d'un texte; dans l'arrêt précité de la Chambre des Requêtes, le pourvoi était motivé par une prétendue violation de l'article 1590 appliqué à une hypothèse en dehors de son domaine. La Cour de cassation recherchera simplement si, en présence des éléments ou faits souverainement constatés par le juge de première instance, il a été fait une juste application des textes.

CHAPITRE III

DOMAINE D'APPLICATION DES ARRHES

Jusqu'ici nous avons supposé que les arrhes pouvaient se trouver dans tous les contrats quels qu'en soient la nature et l'objet; or la question de savoir si l'on peut ajouter des arrhes à tous les contrats, à peu près résolue aujourd'hui, était âprement discutée parmi les auteurs du Code civil. Dans un premier paragraphe, nous allons retracer cette discussion en ce qui concerne les arrhes-dédit; le domaine des arrhes-acompte fera l'objet d'un deuxième paragraphe. En ce qui concerne les arrhes-preuve, le problème est inexistant, la remise prouvant l'existence de n'importe quel contrat. Dans un dernier paragraphe, nous verrons qu'un domaine échappe complètement aux arrhes, celui des promesses de mariage.

Avant d'entrer dans le détail, il nous faut réfuter une objection qu'on ne manquera pas de nous faire et qui est la suivante : Pourquoi faire cette étude dans ce chapitre où il est question des fonctions et de l'interprétation des arrhes ? Ce n'est certainement pas le lieu d'en rechercher le domaine d'application. Nous croyons, au contraire, que c'est bien sa place et voici pourquoi : Jusqu'ici les auteurs et la jurisprudence interprétaient les arrhes d'après la nature du contrat auquel elles étaient ajoutées. Peu importait le but poursuivi par les parties; si le contrat était une vente, les arrhes ne pouvaient être qu'un acompte; était-ce une promesse de vente ? Les ar-

rhés étaient automatiquement considérées comme faculté de dédit. Il y avait une pénétration constante des deux questions. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui, il n'y a plus confusion entre le domaine d'application et la fonction ni réaction de celui-ci sur celle-là, mais la cloison n'est pas tellement étanche pour qu'il y ait inconvénient à les examiner à la suite.

SECTION I.

Arrhes-dédit et vente parfaite.

Le texte même de l'article 1590 a suscité une longue discussion doctrinale qui a commencé avec le Code civil et ne s'est terminée que de nos jours. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927 n'a fait que consacrer l'opinion libérale qui s'était enfin imposée.

« Si la promesse de vente est faite avec arrhes... », dit ce texte. Ce mot de promesse de vente a conduit certains auteurs à penser que les arrhes ne pouvaient figurer que dans un tel contrat, tout au moins avec le sens de faculté de dédit : c'est la théorie restrictive. A l'opposé, une doctrine enseignait que cette expression n'avait aucune importance, que d'ailleurs l'article 1589 assimilait promesse de vente et vente parfaite et qu'en conséquence l'article 1590 était un texte d'application large, c'est la théorie extensive. Comme toujours, entre ces deux théories extrêmes, s'était fait jour une théorie intermédiaire. Nous exposerons ces trois doctrines, puis nous tirerons certaines conséquences de notre conception actuelle.

A. Théorie restrictive.

Cette théorie a été magistralement défendue par Tro-

plong (Vente, nos 142 à 145). Pour réserver l'application des arrhes-dédit aux seules promesses de vente, Troplong ne tire pas argument de la rédaction de l'article 1590 du Code civil. Celle-ci semble normale, car pour lui les arrhes-dédit ne se conçoivent pas avec une vente parfaite : l'article 1590 est exceptionnel, ce n'est pas un principe général dans notre Droit que l'on puisse revenir sur sa décision. Si cela se conçoit avec un contrat précaire comme la promesse de vente, cela est impossible avec une vente parfaite.

Notre auteur prend l'exemple suivant : Je vous vends mon moulin de Drouviller moyennant 1.000 francs que vous me paierez à la Saint-Martin prochaine et vous me donnerez 200 francs d'arrhes.

Comment, dans ce cas, dit Troplong, l'acheteur pourrait-il se dédire en perdant les arrhes ? La vente est parfaite, l'acheteur est devenu propriétaire par le simple consentement. « Se dédire, ce serait abdiquer la propriété, la faire passer sur la tête du vendeur, faire en un mot une nouvelle vente. » D'ailleurs, ajoute-t-il, il y a une impossibilité juridique à ce que dans une vente parfaite les arrhes soient considérées comme un dédit : en effet, un dédit est parfait par la seule volonté de celui dont il émane ; or ici il faut que le vendeur ajoute son consentement à celui de l'acheteur, il faut un contrat bilatéral. Et il termine par cette formule fort bien construite : « On se dédit d'un engagement, mais on ne se dédit pas d'un droit de propriété. Se dédire d'un droit acquis et consommé est une idée qui implique contradiction. »

Troplong va encore plus loin. La faculté de dédit, dit-il, doit être réciproque ; or, dans l'exemple cité plus haut — cas type de la vente parfaite — le vendeur ne peut pas se dédire. En effet, on ne donne des arrhes qu'autant qu'il y a un danger à redouter : c'est ainsi que, dans la promesse de vente qui n'opère pas de plein droit et dans laquelle les parties ont des chances respectives d'inexécution, les arrhes jouent un rôle significatif et efficace. Mais, dans notre cas, l'acheteur étant proprié-

taire ne peut exiger de son vendeur aucune garantie en dehors du contrat de vente. Le vendeur n'a pas possibilité de se désister puisque la convention l'a dépouillé d'une manière définitive. « Son repentir ne saurait avoir plus d'effets qu'une vente qu'il passerait avec un tiers. »

Et Troplong concluait que, dans une vente parfaite, les arrhes ne pouvaient constituer qu'un acompte sur le prix; c'était la seule solution possible, car les arrhes-preuve n'avaient pour lui aucun sens.

Avant de faire la critique de cette théorie, remarquons que Troplong l'abandonnait lorsqu'il s'agissait d'une vente conditionnelle.

Si la vente est sous condition suspensive (« je vous vends mon moulin de Drouviller si vous épousez ma fille dans six mois »), les arrhes versées ne peuvent être qu'un dédit, solution à laquelle Troplong arrive par élimination. Elles ne peuvent être une preuve, car « elles ne fournissent aucun élément de conviction pour établir qu'un marché a été conclu (n° 141); elles ne peuvent non plus être un acompte, car « il est incertain si la vente se purifiera par l'échéance de la condition » (1).

Si la vente est sous condition résolutoire (« je vous vends un diamant pour le prix de 5.000 francs; vous me promettez d'en faire le retirement dans six mois, sinon la vente sera résolue et 200 francs d'arrhes sont versées »), bien que reconnaissant que la vente est parfaite et la propriété transférée, Troplong déclare néanmoins que les arrhes sont des dommages-intérêts, « pour la raison évidente que la résolution est la loi du contrat, elle résulte de la force même du pacte que les parties se

(1) Troplong cite (n° 140) un arrêt de la Cour de Colmar du 15 janvier 1873 (t. 10 des Arrêts de la Cour de Colmar, p. 69). Cet arrêt est intéressant car l'espèce en est semblable à celle de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927. Il y avait vente verbale d'un pré et les parties avaient convenu de la passer par acte authentique. L'acheteur avait donné 48 francs d'arrhes. Troplong critique la Cour de Colmar qui a décidé qu'il y avait acompte sur le prix, car d'après lui la vente était conditionnelle, l'obligation d'en passer contrat la tenait en suspens, donc les arrhes étaient un dédit.

sont expressément promis ». D'ailleurs Troplong n'accorde le droit de se dédire qu'à l'acheteur pour le refuser au vendeur qui a toutes les garanties de son côté.

La même théorie a été soutenue par Duranton (2). « La dation d'arrhes, disait-il, n'autorise pas les parties, dans les ventes conclues et arrêtées à se départir de la vente quoiqu'elles offrissent d'ailleurs de perdre les arrhes ou de les restituer au double; car le Code décide que la vente est parfaite par le seul consentement des parties sur la chose et sur le prix, et il n'attache expressément la faculté de se dédire par la perte ou la restitution au double des arrhes qu'aux promesses de vente; il ne dit rien de semblable quant aux ventes elles-mêmes. »

Cette théorie maintenant complètement abandonnée, a eu quelques échos en jurisprudence (3); elle a à peine besoin d'être critiquée, elle tombe d'elle-même. En effet, la clé de voûte de toute l'argumentation de Troplong est la distinction qu'il fait entre vente et promesse synallagmatique de vente (n° 125); dans ce dernier cas, disait-il, il n'y a pas transfert immédiat de propriété; le dédit peut donc se concevoir puisqu'alors il ne porte que sur un engagement et non sur un droit acquis. Or, de nos jours, tout le monde est d'accord pour voir dans l'article 1589 l'assimilation de la promesse synallagmatique à la vente, « le législateur, dit M. Capitain (4), a voulu que l'expression : je promets de vous vendre, je promets de vous acheter, soit synonyme de celle je vends, j'achète ». Les auteurs sont à peu près d'accord pour déclarer qu'il n'y a de promesse de vente qu'unilatérale. Dès lors, par suite de cette assimilation, la distinction de Troplong est sans objet et sa théorie insoutenable.

B. *Théorie intermédiaire.*

Elle constitue un progrès sur la précédente, car elle admet l'extension de l'article 1590 aux ventes parfaites

(2) Cours de Droit français suivant le Code civil, 1883, t. 16, n° 50.

(3) Orléans, 11 juin 1818. DELVINCOURT et FAVARD, Arrhes, n° 2.

(4) *Op. cit.*, t. II, p. 476.

mais avec des restrictions. Elle fut soutenue principalement par Marcadé et par Laurent ⁽⁵⁾.

Marcadé ⁽⁶⁾ part de l'interprétation littérale de l'article 1590 du Code civil. « Ce silence absolu (en ce qui concerne l'effet que les arrhes devront produire dans les ventes), dit-il, est une lacune qu'il faut combler. » Il reconnaît que des parties sont libres sur le choix de la fonction à donner aux arrhes : c'est une question d'intention. Sa conclusion est que si les arrhes-dédit peuvent exister aussi bien dans les ventes parfaites que dans les promesses de vente, l'article 1590 pose une simple différence de preuve. Lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente, le législateur a tracé d'avance la voie au juge qui ne peut interpréter les arrhes que comme dédit, à moins de preuve contraire. S'il s'agit d'une vente parfaite, le juge a toute liberté pour rechercher la volonté des contractants.

Laurent expose le même point de vue. En somme, les arrhes-dédit pourraient exister aussi bien dans la vente que dans les promesses de vente, mais l'article 1590 aurait posé une différence concernant la preuve à faire. Dans une promesse de vente, les arrhes sont un dédit, la loi en a posé le principe : c'est à celui à qui on l'oppose à prouver qu'elles sont un acompte ou une preuve; dans une vente, au contraire, les principes généraux restent applicables; c'est à la partie qui veut se dédire à prouver que les arrhes sont un dédit. « C'est le droit commun, la loi n'y déroge que pour la promesse de vente. »

Cette théorie n'a reçu aucune approbation. Laurent lui-même semblait peu convaincu puisqu'il déclarait que cette distinction faite par le législateur était sans raison. Il supposait que « le nom de promesse a fait penser que la volonté des parties n'était pas définitive, et qu'elles ont elles-mêmes déclaré leur intention à cet égard en

(5) LAURENT, *op. cit.*, t. XXIV, n° 26, et t. XXV, n° 41.

(6) MARCADÉ, *op. cit.*, t. VI, p. 179 et suivantes.

domnant des arrhes » (7). Quelle valeur reconnaître à une théorie qui n'est étayée que sur d'aussi faibles arguments, à une distinction sans but ? Au surplus, cette conséquence au point de vue de la preuve est inacceptable. La matière des arrhes ne fait pas échec au droit commun en matière de preuve. C'est au demandeur qu'il appartient de faire la preuve du droit qu'il allègue, c'est-à-dire que c'est à celui qui voudra se dédire à prouver que les arrhes ont été convenues à titre de dédit, de même que c'est à celui qui s'oppose à ce que le contrat disparaisse à prouver que les arrhes ont été données comme acompte ou comme preuve; mais ce n'est là que le droit commun en matière de preuve, aucune distinction n'a été faite parmi les contrats; notamment lorsque les arrhes auront accompagné un bail, c'est à celui qui veut se dédire de prouver qu'elles ont été convenues à titre de dédit (8).

C. *Théorie extensive.*

La plupart des auteurs, au contraire, s'accordent à reconnaître que l'article 1590 s'applique sans restriction aussi bien aux ventes parfaites qu'aux promesses de vente. Et leur argumentation est la suivante : dans l'article 1589 le législateur a assimilé promesse de vente et vente; or, il est certain, quelle que soit l'opinion que l'on ait sur la nature de la promesse de vente, que cette expression a le même sens dans les articles 1589 et 1590, que ces deux articles se complètent, forment une suite logique. Il n'y a donc aucune raison pour faire une différence, le législateur s'est borné à fixer une fois pour toutes le caractère des arrhes.

C'est ainsi que Colmet de Santerre déclare (9) : « Cette présomption s'applique aussi bien au cas où la convention est qualifiée vente qu'à celui où elle a reçu des parties le nom de promesse de vente. Il ne faut pas

(7) *op cit.* t. xxxiv, n° 27.

(8) GUILLOUARD, *op. cit.*, t. I, n° 42; ARNTZ, Cours de Droit français, t. III, n° 925.

(9) *Op. cit.*, t. 7, art. 1590.

fonder une distinction entre vente et promesse de vente sur ce que l'article 1590 commence par ces mots : la promesse de vente. Nous ne devons pas oublier que l'article précédent dit : la promesse de vente vaut vente ; qu'aux yeux du législateur les deux expressions ont exactement la même valeur et que ce n'est pas à cette différence d'expressions qu'il faut s'attacher pour savoir si les arrhes sont données à titre de dédit ou stipulées comme preuve du marché conclu. »

Aubry et Rau⁽¹⁰⁾ ont préconisé une solution encore plus large : « L'article 1590 ne parle que des promesses de vente. Mais la règle qu'il pose s'applique *ex ratione legis* à des ventes actuelles et même à d'autres contrats, par exemple au louage. »

La jurisprudence a rejoint la doctrine sur ce point. Elle admet l'adjonction d'arrhes-dédit aussi bien à des ventes parfaites qu'à des contrats de louage de services (Poitiers, Chambre criminelle, 8 novembre 1905, D. P. 1906-2-54), ou d'immeubles (Dijon, 18 janv. 1845, S. 1846-2-163 ; D. P. 1845-2-109, et arrêts récents déjà cités), même à des contrats d'échange (Lyon, 2 juillet 1875, S. 1876-2-240). L'arrêt précité de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927 a d'ailleurs consacré cette doctrine ; il s'agissait, en effet, d'une vente parfaite et la Cour de cassation a dit que la Cour d'appel avait pu déclarer « sans dénaturer le contrat ni violer les textes... » que l'article 1590 était applicable. Le *Traité élémentaire de Droit civil* de Planiol⁽¹¹⁾ vient à l'appui de cette opinion : « Comme la promesse de vente est assimilée à la vente par le Code, il est certain que la disposition relative aux arrhes s'applique en toute hypothèse, qu'elles aient été données à propos d'une promesse de vente ou à propos d'une vente véritable. »

Le domaine de l'article 1590 est donc considérablement élargi, il peut trouver application dans tous les

(10) *Op. cit.*, t. V, § 349, n° 36. Cf. en même sens : Huc, *op. cit.*, t. X, n° 33.

(11) 11^e édit., t. II, n° 1389.

contrats synallagmatiques, il n'y a aucune raison de le réserver aux seules promesses de vente. Nous saisissons là un exemple de la tendance moderne à étendre le plus possible les institutions utiles; les arrhes-dédit font partie de cette catégorie, nous l'avons vu. Aucun des auteurs n'a cependant poussé cette théorie jusqu'au bout. Pour nous, en effet, en accord avec la jurisprudence récente, l'article 1590 est un texte général où le législateur a donné une fois pour toutes l'interprétation des arrhes; cet article pose une présomption d'interprétation, mais c'est une présomption simple qui peut être écartée par les parties expressément ou tacitement.

Ce point de vue entraîne deux critiques relatives à la rédaction et à la place dans le Code de l'article 1590.

La rédaction tout d'abord est défectueuse; il faut avoir recours à l'Histoire pour expliquer l'emploi de l'expression : promesse de vente.

Lorsque le Tribunat eût voté, le 14 ventôse, an XII (5 mars 1804) son projet de loi, M. Grenier fut, entre autres, chargé d'en exposer le contenu au Corps législatif. Après avoir cité l'article 8 du projet, article qui est devenu notre article 1589, le tribun Grenier ajouta : « Il a paru sage d'établir une exception à cette règle pour une espèce de promesse de vendre qui n'est guère usitée que pour les denrées ou marchandises. C'est celle qui est faite avec des arrhes. » Suit l'article 9, notre article 1590, dont Grenier a fait le commentaire suivant : « Les idées n'étaient point fixes à ce sujet et les usages variaient. Il ne pourra plus à l'avenir y avoir de difficultés. La délivrance et la réception d'arrhes détermineront le caractère et l'effet de l'engagement en le réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister sous les conditions établies par l'article » (12).

Le moins qu'on puisse dire, c'est que cette déclaration était imprécise, peu logique et n'apportait aucune clarté.

(12) FENET, t. 14, p. 189. Cf. dans le même sens l'Exposé du Tribun Faure au Corps législatif, FENET, t. 14, p. 115.

Les rédacteurs du Code s'en sont cependant contenté et les articles 8 et 9 du projet sont passés intégralement et sans retouches dans notre Code.

L'imprécision résidait dans le fait que le tribun Grenier, après avoir d'une part assimilé vente et promesse de vente dans l'article précédent (notre article 1589) pose une exception à cet article; la promesse de vente avec arrhes; d'autre part, à propos de l'article 9, il parle seulement d'« engagement ». Or cette dernière expression n'est pas relative seulement à la promesse de vendre, dans toute sorte de contrats il y a engagement. Faute de précision, une longue discussion doctrinale se fit jour, infligeant au tribun Grenier un cruel démenti.

Le Tribun était de plus illogique; ses deux déclarations visent deux questions différentes qu'il confond; celle sur l'article 8 est relative au domaine d'application des arrhes; le commentaire de l'article 9 vise l'effet d'une stipulation d'arrhes sur le contrat principal; c'est une question toute différente de celle qui nous occupe et que nous étudierons plus tard.

Les rédacteurs du Code eux-mêmes ont été très illogiques car nous voyons l'exposé des motifs⁽¹³⁾, après avoir énoncé que promesse de vente vaut vente, donner pour exemple d'application de la règle qui fait des arrhes au moyen de dédit, la vente elle-même !

D'ailleurs, Portalis, dans le commentaire qu'il donne des arrhes glisse sur la question. « Dans l'usage — dit-il — on traite quelquefois en donnant et en recevant des arrhes. Si les arrhes tiennent à une convention qui en détermine l'effet, il faut suivre exactement cette convention. S'il n'y a point de convention expresse, alors faute d'exécution du contrat de la part de l'acheteur, les arrhes sont perdues pour lui, et faute d'exécution de la part du vendeur, celui-ci est tenu de rendre à l'acheteur le double des arrhes qu'il a reçues »⁽¹⁴⁾.

Les rédacteurs du Code en laissant cette expression

(13) FENET, t. 14, p. 115.

(14) FENET, *eod. loc.*

de promesse de vente, ont accepté la solution du moindre effort; la Cour de cassation demandait d'ailleurs que l'on complétât ainsi l'article 1590 : « Néanmoins, tant que l'abandon des arrhes n'a point été notifié, ou la restitution du double offerte, l'engagement subsiste et la chose est aux risques de l'acheteur », ce qui semble exprimer clairement que les arrhes ont tous les effets déterminés par l'article 1590, même lorsqu'elles accompagnent une vente parfaite. La même solution avait été d'ailleurs préconisée par Pothier et, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, les rédacteurs du Code civil se sont contentés d'adopter les idées de Pothier qui distinguait deux catégories d'arrhes : celles données avant le marché conclu, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit seulement d'une simple promesse, c'étaient les arrhes-dédit; les autres, acompte ou denier adieu, données après le marché conclu, quelle que soit la nature de ce marché ⁽¹⁵⁾.

Il n'y aurait donc eu que des avantages à parler de vente au lieu de promesse de vente. Le projet de Code franco-italien des obligations a fait état de l'unanimité des avis sur ce sujet, en consacrant l'application des arrhes dédit non seulement aux ventes parfaites, mais aussi à tous les contrats : son article 170 qui correspond à l'article 1217 du Code italien et à notre article 1590 déclare :

« Sauf clause ou usage contraires, les arrhes fournies
« lors de la conclusion d'un contrat sont considérées
« comme destinées à réparer le préjudice qui résulte-
« rait de l'inexécution de la convention par l'une des
« parties.

« L'autre partie peut, soit poursuivre l'exécution de
« la convention, soit garder les arrhes qu'elle a reçues
« ou réclamer le double de celles qu'elle a fournies. »

Cet article est fort bien rédigé; il ne laisse aucun doute sur le domaine d'application de l'institution; il met en relief et son caractère interprétatif (sauf clause ou

(15) POTHIER, *op. cit.*, n° 496.

usage contraires) et la nature même des arrhes (destinées à réparer le préjudice...), ainsi que nous nous en sommes déjà expliqué.

De même, le Code fédéral des obligations de 1911 ⁽¹⁶⁾ porte dans son article 158, alinéa 3 :

« Lorsqu'un dédit a été stipulé, chacun des contractants est censé pouvoir se départir du contrat, celui qui a versé la somme en l'abandonnant, celui qui l'a reçue en la restituant au double. »

La deuxième critique à faire de l'article 1590 du Code civil est relative à sa place dans le Code. Tout ce que nous pouvons dire actuellement c'est que, constituant un texte général, il ne devrait certainement pas figurer au milieu des règles du contrat de vente. Mais nous ne pourrions le placer logiquement dans le Code que lorsque nous aurons déterminé la nature exacte de la stipulation d'arrhes, sa portée, ses effets, en nous inspirant au besoin des Codes modernes.

(16) En Suisse, la présomption légale est une présomption de preuve. Les parties doivent donc exprimer clairement ou tacitement leur volonté de faire des arrhes un acompte ou un dédit. A défaut les arrhes remplissent une fonction probatoire : « Celui qui donne des arrhes est réputé les donner en signe de la conclusion du contrat et non à titre de dédit.

« Sauf usage local ou convention contraire, celui qui a reçu les arrhes les garde sans avoir à les imputer sur sa créance.

« Lorsqu'un dédit a été stipulé, chacun des contractants est censé pouvoir se départir du contrat, celui qui a versé la somme en l'abandonnant, celui qui l'a reçue en la restituant au double » (Art. 158).

SECTION II.

Arrhes-Acompte et Promesse de vente.

Duvergier est le seul auteur qui se soit occupé du domaine d'application des arrhes-acompte⁽¹⁷⁾. A vrai dire — et c'est ce qui justifie notre titre — la question ne se pose que pour les promesses de contracter, en particulier les promesses unilatérales de vente; il n'est jamais venu à l'idée de quiconque de douter que les arrhes, en tant qu'acompte, puissent exister dans tous les contrats parfaits.

Pour ce qui est des promesses unilatérales de vente, Duvergier faisait la distinction suivante :

a) Si les arrhes avaient été versées par le bénéficiaire de la promesse, cela impliquait — disait-il — de sa part, une promesse d'acheter et la transformation de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique.

b) Si, au contraire, les arrhes avaient été versées par le promettant, l'article 1590 s'appliquait : elles constituaient un moyen de dédit et représentaient les dommages-intérêts prévus pour le cas d'inexécution.

Nous avons déjà dit que la fonction des arrhes ne changeait pas avec la personne qui les versait⁽¹⁸⁾, nous verrons, d'autre part que les arrhes n'ont pas d'influence sur la nature du contrat qu'elles accompagnent⁽¹⁹⁾. Contentons-nous d'indiquer que la jurisprudence a réfuté le premier point : le fait, par le promettant, de recevoir des arrhes du bénéficiaire ne transforme pas la promesse de vente en promesse synallagmatique, c'est-

(17) *Op. cit.*, t. I, n° 134.

(18) *Supra*, chap. I.

(19) *Infra*, 2° partie, Titre I. chap. 2.

à-dire en contrat parfait; pour qu'il y ait vente il faut que le bénéficiaire lève l'option, mais cette décision ne peut résulter implicitement du versement d'arrhes quand bien même il serait stipulé dans le contrat que les arrhes seront imputées sur le prix, qu'elles porteront intérêt en cas de réalisation et qu'elles seraient perdues pour le preneur s'il n'use pas de la faculté d'acquérir⁽²⁰⁾.

La théorie de Duvergier ainsi corrigée et modernisée revient donc à dire que les arrhes accompagnant une promesse unilatérale de contracter constituent, ne peuvent constituer, qu'un dédit. La fonction d'acompte serait alors exclusive de cette catégorie de contrat.

De nos jours, la question s'est posée en matière de lotissements; un bref historique est nécessaire. Il y a quelques années, entre 1920 et 1930, les lotissements connurent une vogue considérable et certaines parties de la banlieue parisienne furent divisées en terrains à lotir. Des Sociétés se sont constituées, servant d'intermédiaires entre les propriétaires de terrain et les acquéreurs. Des combinaisons nombreuses virent le jour, location-vente, vente à tempérament, etc., dans le double but de permettre aux acquéreurs lotis d'avoir la jouissance de leur maison immédiatement et d'en devenir rapidement propriétaires par paiements fractionnés, ceci pour répondre au but poursuivi par les bénéficiaires qui était double également: ils voulaient avoir une maison; mais aussi ils voulaient l'avoir rapidement « pour y vivre et non pas seulement pour y mourir ». La combinaison qui semblait la plus avantageuse, celle donc qui fut la plus fréquente, fut le bail avec promesse de vente; l'acquéreur devenait propriétaire lorsqu'il levait l'option, ce qu'il ne pouvait faire, d'après les clauses les plus courantes, que lorsque les acomptes étaient intégralement versés.

La vente devenait ainsi parfaite du jour du versement du dernier acompte. La principale conséquence entre autres, était la suivante: Le délai de deux ans prévu

(20) Paris, 3 décembre 1930 (*Gaz. Trib.* 1931, II-2-22).

par l'article 1674 du Code Civil, pour intenter l'action en rescision pour cause de lésion de plus des $7/12^e$ ne courrait qu'à partir de cette date.

Vers 1927, le prix des terrains monta dans de grandes proportions et certains lotisseurs, constatant la plus-value considérable acquise par les terrains qu'ils avaient cédés, entreprirent de faire rescinder la vente pour lésion. Le Tribunal civil de la Seine leur donna gain de cause le 20 décembre 1927 (21). Aussitôt un grand émoi s'empara des lotis qui s'adressèrent au Parlement, lui demandant d'intervenir pour que la vente soit effective avant le versement du dernier acompte, qu'ainsi les opérations deviennent beaucoup plus stables et qu'ils n'aient pas à craindre pendant de nombreuses années de voir leurs efforts dépensés en vain.

La Commission de législation civile de la Chambre des Députés étudia la question et son rapporteur, M. Lemarié déclara (22) : « En matière de terrains lotis, l'acquéreur, quelle que soit la forme du contrat, a un certain délai d'option et ne devient propriétaire que lorsqu'il a rempli toutes les conditions du contrat notamment au point de vue des paiements qui ont lieu par acomptes, tantôt sous le nom d'arrhes, tantôt sous le nom d'annuités. »

Le remède proposé fut le suivant : les acquéreurs seront propriétaires dès le versement du premier acompte.

Un article 18 *bis* fut adjoint au Collectif de juin 1930, ainsi conçu :

« L'article 1675 du Code civil est complété comme suit :

« Pour l'application des articles 1674 et 1675 du Code civil, au cas de promesse de vente ou de tout autre acte équipolent, l'état et la valeur de l'immeuble doit être déterminés au moment où a été consentie ladite promesse, si celle-ci a été suivie immédiatement

(21) Cet arrêt fut infirmé par la Cour d'appel de Paris, le 15 juillet 1931 (D. P. 1931-2-147).

(22) Doc. parlem., p. 529.

« ou dans le délai d'un an du paiement d'arrhes ou du
« versement d'un acompte ou d'une première annuité
« à valoir sur le prix de l'aliénation. »

Cet article fut disjoint et rétabli plusieurs fois par les deux Assemblées. Finalement ce fut l'article 1589 qui s'augmenta d'un deuxième paragraphe, le 30 juillet 1930 :

« Si cette promesse s'applique à des terrains déjà
« lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui
« en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte
« sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte
« et par la prise de possession du terrain.

« La date de la convention, même régularisée ultérieurement sera celle du versement du premier
« acompte. »

Si nous comparons les deux rédactions, nous voyons qu'elles diffèrent uniquement quant au domaine d'application, restreint par la loi de 1930 au cas où la personne de vente s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir. Mais l'expression « acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte », correspond à la formule de l'article 18 *bis*, « paiement d'arrhes, versement d'un acompte, etc... »

Cette loi fut très critiquée ⁽²³⁾. Nous n'ajouterons rien du point de vue législatif à ces critiques : ce qui nous intéresse c'est de savoir si le premier acompte dont il est parlé constitue des arrhes, car en somme, ce que le législateur a voulu dire est que, en matière de lotissement, la promesse unilatérale de vente se transforme en promesse synallagmatique et vaut vente le jour du versement du premier acompte, à condition qu'il y ait prise de possession effective du terrain.

Or, il s'agit bien d'arrhes, mais d'arrhes-dédit et non d'acompte. « Il y a, en effet, impossibilité juridique,

(23) Cf. SAINOT, Lotissement et promesse de vente, loi du 30 juillet 1930; P. VOIRIN, Les Baux avec promesse de vente et les locations-ventes en matière de lotissement (Commentaire de la loi du 30 juillet 1930) dans les *Lois nouvelles*, 1931, p. 17.

déclare M. Voirin, à ce que la condition imposée par la loi (paiement d'un acompte) soit réalisée. Le bénéficiaire de la promesse est astreint à fournir des prestations périodiques, mais celles-ci sont des loyers et non des acomptes; elles sont dues en vertu du bail et non pas en vertu de la promesse de vente jointe à ce bail. Sans doute encore, d'autres sommes peuvent être dûes périodiquement en sus des loyers : ces versements supplémentaires, plus ou moins occultes suivant que leur montant a été détaché des loyers ou y a été incorporé, n'ont pas davantage le caractère d'acomptes : ce sont des indemnités. Ceci est évident lorsqu'il a été stipulé que ces sommes ne s'imputeraient pas sur le prix : elles sont alors destinées à dédommager le lotisseur de l'indisponibilité prolongée de son terrain qui a pu lui faire manquer des marchés plus avantageux. Même s'il avait été stipulé que ces sommes s'imputeraient sur le prix au cas de réalisation de la promesse, elles n'en conserveraient pas moins le caractère d'indemnités; elles seraient alors destinées à réparer un préjudice qui n'apparaît qu'au cas de non-utilisation de la promesse et qui s'analyse dans la déception qu'éprouve de ce fait le promettant et dans les démarches qu'il devra faire pour trouver un acquéreur. (Cf. Thirion, op. cit., pages 32-38). La loi envisage le paiement d'un acompte quel que soit le nom donné, mais encore faut-il qu'il s'agisse réellement d'un acompte. Or les sommes données en sus des loyers sont des indemnités et non des acomptes. Si on leur reconnaissait le caractère d'acomptes, la convention serait une vente à tempérament. »

Il y simplement une sorte de dédit pour le cas où l'option ne serait pas levée, mais il n'y a pas acompte. Les arrhes versées sont celles de l'article 1590.

Nous avons raisonné sur l'exemple des lotissements parce qu'il est récent. Elargissons et généralisons maintenant notre point de vue : il y a impossibilité juridique à ce que les arrhes jouent le rôle d'acompte dans une promesse unilatérale de vente ou de tout autre contrat; cette fonction est exclusive de cette espèce de contrat.

En effet, les arrhes ne peuvent être un acompte que lorsque le contrat principal est formé, qu'un prix es dû; elles viennent alors en compte sur le prix. Mais dans une promesse unilatérale il n'y a pas encore consentement réciproque, le contrat n'est pas formé; les arrhes seraient un acompte sur quoi? Sur le prix de la vente future? Mais elle ne se formera peut-être jamais. Elles ne peuvent qu'être des indemnités pour réparer le préjudice en cas d'inexécution, au cas où l'option n'est pas levée. Elles impliquent, sauf convention contraire, le droit de se dédire en les perdant : les parties ont estimé les dommages-intérêts dûs par le promettant s'il n'exécute pas le contrat⁽²⁴⁾.

Pothier, sans s'arrêter au problème, l'avait aperçu puisqu'il appelait acompte les arrhes versées après le contrat conclu par opposition aux promesses où les arrhes n'étaient qu'un dédit.

Nous saisissons là un exemple de l'imprécision des particuliers qui désignent sous le nom d'arrhes indistinctement des fractions de prix ou des indemnités. Or ce n'est que par un abus de langage que l'on qualifie arrhes des versements au cours de l'exécution d'un contrat : ces versements sont des soldes de prix mais pas des arrhes. Et l'expression « d'arrhes supplémentaires » que nous trouvons dans certains arrêts n'a pas de sens.

Ces deux expressions : arrhes et acompte ne sont que rarement synonymes; nous verrons plus loin les conditions nécessaires pour qu'elles le soient⁽²⁵⁾.

Le domaine d'application des arrhes est donc de nos jours très larges : les arrhes-dédit peuvent accompagner toute espèce de contrat; les arrhes acompte supposent seulement un contrat formé, un accord des parties sur le prix et sur la chose, un engagement réciproque, tous les avants contrats ne peuvent donc s'accompagner d'un tel versement.

(24) Rép. Dalloz, t. 12, p. 313. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 88.

(25) *Infra*, 2° partie, Titre II, Chap. 1.

La signification opposée de ces deux versements — moyen de dédit et acompte sur le prix — fait que leur domaine est tout différent. Avec les arrhes-acompte, nous serons généralement en présence de marchés de crédit, c'est-à-dire de contrats dans lesquels un des contractants exécute immédiatement ses obligations et fait crédit à l'autre pour l'exécution des siennes : Ce dernier pour confirmer son engagement, pour bien montrer que sa parole n'est pas vaine, donner une garantie sous le couvert d'arrhes, qui viendront en compte sur le prix qu'il doit.

Les arrhes dédit joueront, au contraire, le plus souvent dans les marchés à terme, c'est-à-dire que le contrat est conclu, mais que son exécution est reculée, reportée dans l'avenir, laissant aux contractants la possibilité, pendant un certain temps de se dégager.

SECTION III

Arrhes et Promesse de Mariage.

De nos jours, les fiançailles n'ont aucune valeur juridique, le Code les ignore. Malgré ce délaissement, elles sont restées vivantes dans les mœurs et continuent d'être le préliminaire habituel de l'union conjugale. Au milieu des bouleversements sociaux, la nature humaine demeure identique à elle-même, les mêmes besoins individuels se font toujours sentir et ce n'est pas un revirement de la législation le plus souvent dicté par des considérations politiques qui les font disparaître. Les fiançailles répondent à des besoins permanents et elles conservent une solide existence de ce fait.

Quoiqu'il en soit, en droit, elles n'ont aucune va-

leur⁽²⁶⁾. Doctrine et jurisprudence répudient la conception historique qui voyait dans les fiançailles un contrat synallagmatique comme un autre⁽²⁷⁾. Ce point de vue entraîne, entre autres, deux conséquences :

a) Le fiancé délaissé ne peut arguer de l'inexécution d'une obligation contractuelle, une demande en indemnité ne peut être basée sur le seul fait de la rupture;

b) Aucune clause pénale ne peut exister dans le but d'amener le fiancé défaillant à s'exécuter ou à réparer le préjudice que la rupture provenant de son fait cause à l'autre, et ceci pour la raison bien simple que l'accessoire suit le principal (art. 1227); or l'obligation principale n'ayant aucune valeur juridique aucune clause accessoire ne peut y être valablement adjointe. Le motif invoqué est que l'on veut que les candidats au mariage arrivent devant l'Officier de l'Etat-Civil entièrement libres de contracter mariage ou non; il faut que leur liberté de détermination soit entière; or elle ne le serait pas si les fiançailles valaient contrat car ils seraient déjà liés par un rapport juridique et en prononçant le «oui» sacramentel, ils ne feraient que s'acquitter d'un engagement pris antérieurement.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence actuelle accorde cependant des dommages-intérêts en cas de rupture injustifiée mais en les basant sur l'article 1382 du Code civil. Elle en fait un cas de responsabilité délictuelle : celui qui rompt sans motif sérieux une promesse de mariage cause à l'autre partie, par sa faute, un préjudice qu'il est tenu de réparer.

Cette jurisprudence est contradictoire et a été beaucoup critiquée. En effet « ou la promesse de mariage existe et le défaillant est responsable, ou elle n'a aucune

(26) Cf. la loi du 16 novembre 1912 sur la recherche de la paternité naturelle qui ne les admet que comme constitutives de manœuvres dolosives en cas de séduction (art. 340 C. civ.).

(27) TOULLIER, *op. cit.*, t. VI, n°s 293-303; MERLIN, Rép. V° Fiançailles et quelques arrêts consacrent cette solution (civ., 11 juin 1838, et Req., 16 juin 1877, D. P. 1877-1-85, 12 nov. 1901, D. P. 1902-1-46).

valeur juridique et sa méconnaissance ne saurait devenir productive de responsabilité » (28).

Pour arriver à une solution plus logique, certains auteurs prétendent que le motif invoqué contre les fiançailles est faux, que, en réalité, les parties le jour du mariage ne sont pas libres car « l'abandon du projet implique ou peut impliquer des sanctions dont la perspective est susceptible d'exercer une pression sur la volonté des intéressés notamment restitution des présents et condamnation aux dommages-intérêts ». Aussi ils proposent de faire des fiançailles un avant-contrat, c'est-à-dire une convention consensuelle donnant naissance à un engagement réciproque sanctionné par une action; ainsi le fiancé malheureux serait fondé à réclamer des dommages-intérêts à son partenaire qui abandonnerait injustement le projet de mariage et cette réparation aurait une base logique.

Cette solution est très séduisante.

Quel que soit le fondement de ces dommages-intérêts — contre-partie d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle — il est certain qu'ils ne comprennent que le *damnum emergens* : dépenses faites par l'un des fiancés pour la location et l'ameublement du futur domicile conjugal (Paris, 16 décembre 1874, D. P. 1876, 2, 236), frais du contrat de mariage, de dispenses, d'affiches de publication, de bans, voyages entrepris pour visiter les parents, préjudice moral (Nîmes, 2 janv. 1855, D. P. 1855, 2, 161) (Dunkerque, 14 fév. 1913, Gaz. Pal., 1913, 1,

(28) M. le doyen Josserand, dans sa chronique au D. H., 1927, p. 21. Voir aussi sur la question des fiançailles : Ambroise COLIN (*Thèse, Paris*, 1887); HÉBERT, Clause pénale dans les obligations (*Thèse, Caen*, 1890); D. ANGELESCO (*Thèse, Paris*, 1911); R. ANGELESCO (*Thèse, Paris*, 1914); Pierre COLIN, Les fiançailles en Droit comparé (*Thèse, Paris*, 1921); LEDUC, L'Avant contrat, *op. cit.*, p. 214 et suivantes, et CAPITANT, Le permis de séduire (Ch. D. H. 1933, p. 1.

(29) « La détermination de rompre brusquement l'union projetée quelques jours avant le mariage après l'accomplissement de toutes les formalités de publicité est de nature à jeter le discrédit sur la fiancée et lui cause certainement un préjudice moral. »

p. 470) ⁽²⁹⁾, en dehors du *lucrum cessans*, c'est-à-dire du gain dont le fiancé a été privé.

Si l'on admet la théorie de l'avant-contrat, ne pourrait-on pas admettre également que les fiancés évaluent à l'avance le montant de dommages-intérêts dûs à l'un d'eux au cas où l'autre viendrait à se retirer; que le contrat prévoit l'indemnité à payer en cas de dédit? En d'autres termes des arrhes ne pourraient-elles pas être versées permettant, sous peine d'en perdre le montant, d'abandonner le projet? Il apparaît tout de suite que dans ce cas le mariage deviendrait un véritable marché, qu'en tout cas il est monstrueux qu'au moment où deux personnes projettent de s'unir pour la vie, elles prévoient leur séparation et que, comble de la perfection, par un souci méticuleux, elles prévoient que cette séparation se fera amiablement et sans heurts; il est évident au surplus qu'une clause de ce genre serait le plus souvent arrachée à la faiblesse et à l'aveuglement de la passion par les habiletés de l'un des fiancés...

Pourtant dans notre Ancien Droit la dation d'arrhes accompagnant une promesse de mariage était chose courante.

Pothier ⁽³⁰⁾ nous dit que tel était l'usage et qu'« elles sont acquises à la partie qui ne s'est pas déditée et qui les a en sa possession; celle qui a les arrhes et se dédit devra les rendre au double ». Seulement, à cette époque, le juge pouvait réduire les arrhes si elles étaient considérables ou bien décider qu'une partie ferait retour à celui qui les avait données dans la mesure tout au moins où elles excédaient l'évaluation des dommages-intérêts.

Il y avait ainsi une certaine confusion entre la clause pénale et les arrhes, ce qui permettait de conserver dans une faible mesure la liberté du mariage.

Nous trouvons d'ailleurs en jurisprudence un arrêt sanctionnant cet usage ⁽³¹⁾. M. Hébert, maître des Re-

(30) Du contrat de mariage, n° 23.

(31) 20 août 1680. Cité dans les *Pandectes Françaises*, t. 8, p. 71; en même sens, arrêt du 20 août 1713.

quêtes, voulait épouser M^{me} d'Epinoy. Le contrat fut passé le 9 avril 1680 et le 11, il lui envoie, à titre d'arrhes, une cassette, des bourses et 2.000 louis d'or. La veille du mariage il déclare ne plus vouloir se marier et demande la restitution de ses arrhes. N'obtenant pas satisfaction il assigne les père et mère de son ex-fiancée en restitution. La Cour accorda 11.000 livres de dommages-intérêts à la fiancée, 3.000 au père et ordonna que le reste fut rendu à M. Hébert.

Remarquons l'analogie entre les systèmes de la jurisprudence à cette époque et maintenant, au point de vue de la réparation du préjudice. A ce moment les arrhes constituaient en quelque sorte un fonds de garantie sur lequel seraient puisés les dommages-intérêts, l'excédent revenant à celui qui les avaient avancées; le préjudice était donc évalué non pas par les parties, mais quand il se produisait ; c'est exactement le même système de nos jours.

Avec notre jurisprudence actuelle, basant la responsabilité du fiancé qui rompt les fiançailles sur la faute, il est certain qu'il n'y a pas de place pour une stipulation d'arrhes. Les fiançailles n'ayant aucune efficacité juridique, les arrhes — comme la clause pénale — destinées à lui en assurer une ne peuvent être valables (32). Mais la théorie des fiançailles serait plus cohérente si on faisait d'elles un avant-contrat; or, il est certain également, contrairement à la tradition historique, que même dans ce cas, une stipulation d'arrhes ne serait pas valable. Nous avons déjà dit plus haut combien la nature même du mariage répugne à cette sorte de marché, de « divorce par anticipation ». Mais, en dehors de ces arguments de morale et de convenance, on peut donner contre cette stipulation d'arrhes accompagnant une promesse de mariage des arguments juridiques. En elle-

(32) On trouve un jugement du Tribunal de Tunis du 1^{er} juin 1887 (Journal *Le Droit* du 10 juin 1887), qui déclare valable une stipulation de dédit adjoite à des fiançailles, mais il s'agit de parties soumises à la loi mosaïque.

même elle ne présente rien d'immoral ou de contraire à la loi; la véritable raison pour exclure les arrhes des promesses de mariage est qu'en cette matière il n'y a ni créancier ni débiteur ⁽³³⁾; nous ne sommes plus sur le terrain des obligations, mais sur celui des droits patrimoniaux. Or, négligeant, sans en méconnaître pour cela la force, les arguments d'ordre moral que nous avons donnés plus haut, les arrhes voient leur domaine d'application restreint aux obligations, car la faculté de dédit qu'elles impliquent, ainsi que le règlement amiable de dommages-intérêts qu'elles prévoient, se justifient dans les rapports de créancier et de débiteur mais non entre individus qui ne font qu'exercer les droits attachés exclusivement à leur personne. La nature même des arrhes empêche qu'une personne qui a le droit sacré de disposer d'elle-même, de sa personne, enchaîne sa volonté à l'avance.

(33) Cf. « Une promesse de mariage n'est pas une promesse faite par un débiteur à un créancier » (LAURENT, *op. cit.*, t. II, n° 305). « Le mariage est hors de commerce. L'obligation qu'engendre l'engagement pris de contracter par la suite ne peut avoir que la valeur d'une dette de pure conscience » (Ambroise COLIN, *op. cit.*, p. 185).

CHAPITRE IV

DISTINCTIONS DES ARRHES D'AUTRES PRESTATIONS

intervenant à l'occasion de la conclusion d'un contrat.

Nous avons déjà dit qu'il était fréquent qu'au moment de la conclusion d'un contrat une somme soit remise par l'un des contractants à l'autre; c'est également une des caractéristiques des arrhes d'être versées au moment même où le contrat se forme, mais il ne s'en suit pas que toutes les sommes remises à cet instant soient des arrhes. Il importe de distinguer ces diverses prestations des arrhes. Il n'est évidemment pas dans nos intentions de passer en revue toutes les prestations qu'on a l'habitude de faire quand un contrat se forme; le plus souvent d'ailleurs, la question ne se pose pas, il n'y a aucun rapport entre les arrhes envisagées dans toutes leurs fonctions et la somme versée; mais souvent aussi on assimile certains versements à des arrhes; c'est le cas pour les Epingles, le Denier à Dieu, les Pots de Vin. Nous verrons en quoi consistent ces prestations et en quoi elles diffèrent des arrhes. Ensuite nous examinerons les caractéristiques essentielles des arrhes.

SECTION I.

**Distinction des arrhes
et de quelques prestations.**§ 1. — *Les Epingles.*

Si nous consultons le vocabulaire juridique de M. Capitant nous y voyons que les Epingles sont des « sommes qu'il est d'usage que l'acheteur de certains biens verse en sus du prix aux parents du vendeur (femme ou enfants) ». Ces sommes sont en général minimales et l'on peut affirmer que l'usage en est perdu.

A notre connaissance un seul arrêt en atteste l'existence. « Attendu, dit la Cour de Paris le 24 janvier 1863 (1), que le Sieur Chapron a reconnu qu'il a reçu du Sieur Calmeau à titre d'épingles pour la dame Chapron la somme de cinq cents francs; attendu que cette somme, relativement peu considérable ne dépasse pas la valeur des présents que, sous le nom d'épingles, il est d'usage de donner pour la femme de celui avec qui l'on conclut une affaire de quelque importance... »

Au même mot le Vocabulaire juridique ajoute un deuxième sens des Epingles : il pourrait être synonyme d'arrhes. Rien ne nous permet de contredire les rédacteurs de cet ouvrage sur ce point, sinon que tant en Doctrine qu'en Jurisprudence, nous n'avons jamais trouvé le mot employé en ce sens. M. Capitant s'empresse d'ailleurs d'ajouter que « le terme est rarement employé en ce sens ». Tout ce qu'on peut dire c'est que cette affirmation peut trouver une justification dans le Code civil : puisque le juge peut user de l'article 1156 pour rechercher dans un contrat où figurerait cette expression, si, derrière elle, les parties n'ont pas eu l'intention de se

(1) D. P. 1863-2-100.

fournir un acompte ou de se réserver un moyen de dédit.

Dans le premier sens indiqué, les Épingles sont-elles des arrhes ? Certainement pas, car elles sont remises à la femme du vendeur ou à ses enfants, c'est-à-dire à des tiers ; or, les arrhes sont toujours remises par l'un des contractants à l'autre, le but qu'elles remplissent — acompte, preuve ou dédit — intéresse peut-être les tiers mais d'abord et surtout les contractants et on ne peut concevoir qu'une somme remise à un tiers au contrat puisse réserver à l'un et l'autre des contractants le droit de se retirer. D'ailleurs, les épingles ne remplissent aucune des fonctions des arrhes. Elles ne permettent certainement pas aux contractants de se dédire sous réserve d'en perdre le montant car l'article 1590 est un texte exceptionnel qui ne peut être étendu aux situations non prévues par lui. Remplissent-elles la fonction confirmatoire des arrhes ? Certains auteurs ont paru le penser en disant que les sommes remises à ce titre constituaient un commencement d'exécution ⁽²⁾. Troplong lui-même déclarait ⁽³⁾ qu'elles faisaient partie du prix. Cette opinion est certainement erronée. Les épingles ne font pas partie du prix dû et donc leur remise ne peut constituer un commencement d'exécution puisqu'elles ne sont pas versées au créancier.

Notre grand juriste coutumier Loysel déclarait d'ailleurs que « Vin de marché n'entre pas en compte du prix... » ⁽⁴⁾. Plus récemment, M. Perreau, dans un article de la Revue trimestrielle de Droit Civil (Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence) ⁽⁵⁾, considère les épingles comme un supplément de prix et non comme faisant partie du prix.

Au surplus, les épingles ne peuvent remplir le rôle

(2) BAUDRY-LACANTHINERIE et WAHL, Du louage, t. I, n° 192.

(3) *Op. cit.*, n° 161.

(4) *Op. cit.*, liv. 3, t. 4, n° 14. L'expression « Vin de marché » est un terme générique désignant diverses sommes remises au moment de la formation d'un contrat, telles qu'épingles, pots de vin, deniers d'entrée.

(5) *Rev. trimestrielle D. civ.*, 1914, p. 481 et suivantes.

de preuve, toujours pour le même motif qu'elles n'interviennent pas entre les contractants. On aurait pu le soutenir en arguant du fait que, en cas d'éviction totale, le prix doit être entièrement restitué à l'acheteur et que cette restitution porte sur le prix, les épingles, les pots de vin, etc...⁽⁶⁾. Mais si les épingles doivent être restituées, c'est que cette somme remise à l'occasion d'une vente à la femme ou aux enfants du vendeur, serait sans cause entre leurs mains si le contrat disparaît. Mais, en elle-même, la remise de cette somme n'a pas prouvé l'existence du contrat de vente.

Leur remise se comprenait à une époque et dans un genre de contrat (cession d'Offices ministériels) ou les usages de galanterie et de courtoisie se conservaient scrupuleusement et qui, s'ils existent encore dans certains milieux, ont disparu des transactions.

Quelquefois les épingles étaient remises au vendeur lui-même ou par le locataire au bailleur⁽⁷⁾; ne se confondaient-elles pas avec des arrhes ? Non pas, car elles avaient pour but de dédommager le vendeur ou le bailleur « des démarches et des dérangements » que la conclusion du contrat avait pu leur occasionner. Elles pouvaient donc, en ce sens, se cumuler avec des arrhes, mais elles étaient irrévocablement perdues, car, que le contrat persiste ou non, le but à remplir restait le même; elles n'étaient jamais « sans cause » entre les mains de celui qui les avait reçues.

Concluons : Les épingles sont, par nature, une libéralité et ne sont pas remises par les contractants entre eux. Dans le cas où elles le sont, elles ne remplissent, sauf preuve contraire, aucune fonction des arrhes.

§ 2. *Les Pots de Vin et le Pas de Porte.*

Il ne sera pas question ici du pot de vin dans le sens courant que cette expression a aujourd'hui, c'est-à-dire

(6) Cf. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 112.

(7) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.* et passages cités.

d'une importante somme d'argent, remise le plus souvent par un individu à un homme puissant qui usera de son influence pour lui faire obtenir un privilège quelconque; c'est le cas de l'entrepreneur de travaux qui, grâce à la remise d'un pot de vin pourra obtenir une concession de l'Etat ou d'une Ville. C'est le trafic d'influence, convention immorale qui est destituée de toute force, c'est-à-dire qu'aucune sanction ne peut être accordée pour en réclamer le paiement ou la restitution. La jurisprudence est constante sur ce point⁽⁸⁾.

Il existe un autre genre de pot de vin; dans certaines régions de la France, en Beauce, par exemple, il est d'usage que le marchand de bestiaux, lors de l'achat d'une bête (cheval, vache ou porc) donne une pièce de monnaie au garçon de ferme. (Les foires et marchés d'animaux sont devenus rares et maintenant les acquéreurs vont faire leur achat directement à la ferme). Ce versement n'a rien d'illicite, il ne constitue toutefois pas des arrhes, mais un simple « pourboire »⁽⁹⁾.

La distinction est plus difficile à faire lorsque, sous le nom de pot de vin, le fermier remet au bailleur, au moment de la passation du bail, une certaine somme d'argent. La Cour de Douai a par trois fois⁽¹⁰⁾ jugé que ce pot de vin n'était autre chose qu'un fermage par anticipation. Il rétablit en quelque sorte l'égalité entre contractants, le locataire versant ce pot de vin en contre-

(8) Cass., 5 fév. 1902, S. 1902-1-389; Paris, 31 décembre 1903, S. 1905-2-206. La première décision contrairement au principe jurisprudentiel qui n'admet pas la répétition des sommes payées pour cause immorale a fait droit à la demande de remboursement de versements volontaires effectués dans ces conditions, demande émanant de la masse créancière du promettant tombé en faillite.

(9) Sur les caractères du pourboire, cf. un article de M. VOIRIN (*Rev. trim. D. civil*, 1929, p. 307 et suivantes). Ces caractères sont les suivants :

- a) Absence de lien contractuel entre le client et le salarié.
- b) Leur mise en contact.
- c) ... à l'occasion d'un acte de l'emploi.

(10) 29 juin 1839, 20 décembre 1839 et 7 novembre 1845 (D. P. 1846-2-64).

partie de la jouissance immédiate de la chose louée, et « si le bail est résolu pour une cause quelconque avant le terme convenu pour sa durée, il y a lieu à restitution de la part du bailleur d'une partie du pot de vin proportionnée à la durée de la jouissance qui ne se réalise pas au profit du preneur ». Il serait erroné de croire que dans ce cas on est en présence d'arrhes acompte; nous avons dit, en effet, qu'il ne fallait pas assimiler arrhes et acompte, que tous les acomptes, même ceux remis lors de la conclusion du contrat n'étaient pas des arrhes. Ici, il y a application normale des règles de la compensation. En effet, le bailleur a, dès le jour du contrat, fourni la jouissance de la chose louée. Il ne recevra la redevance que plus tard, dans trois, six mois ou un an, selon ce qui a été convenu, et pour avoir une garantie il se fait donner un pot de vin, un fermage par anticipation. Si le bail vient à être résilié, il s'établit une compensation entre ce que le bailleur doit au fermier : le pot de vin, et ce que le fermier doit au bailleur : le fermage pour la jouissance jusqu'au jour de la résiliation, et le bailleur rend seulement le surplus. Si le fermage dû était plus élevé que le pot de vin, le bailleur recevrait la différence entre ces deux sommes. Il n'y a donc pas plus arrhes acompte dans ce cas que lorsque les contractants n'usent pas de la faculté de dédit qu'ils s'étaient réservée par un versement d'arrhes proprement dites : le prix est diminué du montant des arrhes qui ne viennent pas en compte sur le prix, mais qui se compensent avec ce prix; seul le solde est dû.

Plus récemment, nous assistons à quelque chose d'analogue, les loyers d'avance. Les propriétaires d'immeubles à Paris ont pris l'habitude d'exiger de leurs locataires le paiement de trois ou six mois de loyer d'avance, tout en maintenant le paiement du loyer tous les trois mois. Ce versement est fait à titre de garantie mais, pour les mêmes raisons que plus haut, il ne constitue ni des arrhes, ni un acompte.

Pendant la période de prospérité postérieure à la guerre, c'est-à-dire entre 1920 et 1930, les locations d'im-

meubles à usage commercial s'accompagnaient fréquemment d'un versement supplémentaire dénommé « pas de porte ». Ainsi, le propriétaire qui louait un local exigeait en plus du loyer une indemnité de pas de porte, droit d'entrée dans le local; de même, le commerçant locataire, cédait sous le nom de pas de porte son droit au bail, c'est-à-dire le droit d'exploiter le local pendant la durée du bail restant à courir. Dans le premier cas, le pas de porte en tant que droit d'entrée versé au propriétaire, se présentait comme une prime à la rareté des locaux : la loi du 30 juillet 1926 était venue, en effet, fixer les conditions de renouvellement des baux et l'établissement des prix par des arbitres; d'autre part, la demande de locaux commerciaux étant très abondante, faisait monter ainsi le prix des loyers, phénomène économique très connu : le propriétaire choisissait entre les futurs locataires, celui qui lui offrait le pas de porte le plus élevé. Bien que versé par l'un des contractants à l'autre et en sus du loyer, le pas de porte ne constitue pas des arrhes; il n'est pas un moyen de dédit, ni un acompte, ni un moyen de preuve; il représente seulement la capitalisation de la différence entre la valeur locative au moment de la location et la valeur locative réelle fixée par l'accord du propriétaire et du locataire acceptant.

Dans l'autre cas — cession du droit au bail par le commerçant locataire ⁽¹¹⁾ — le pas de porte n'est pas non plus des arrhes : la contre-partie du versement effectué sous ce nom par le locataire est le droit de jouir du local pendant la durée du bail; il n'y a aucun rapport avec une dation d'arrhes ⁽¹²⁾.

(11) Cf. Saint-Etienne, 10 avril 1930 (*Gaz. Pal.*, 1930-2-27); C. Angers, 25 oct. 1933 (*D. H.* 1934-44).

(12) Le pas de porte déviré du « Pas de la porte » apparaît pour la première fois dans un arrêt du Tribunal de commerce de la Seine du 31 décembre 1886 (*Gaz. Pal.*, 1887-1-243), avec comme signification le seuil de la maison. Il n'a donné lieu à des décisions importantes qu'entre 1920 et 1932, période pendant laquelle les demandes de locaux à usage de fonds de commerce

§ 3. *Le Denier à Dieu.*

Nous avons déjà rencontré cette expression; nous avons vu qu'elle pouvait servir — et qu'elle servait — à désigner les arrhes dans leur fonction de preuve. Nous envisageons maintenant ce que l'on désigne couramment sous ce vocable, c'est-à-dire la somme remise à Paris aux concierges lors de la location d'un appartement ou au domestique par le maître qui l'embauche.

A. LOCATIONS VERBALES.

A Paris, les appartements se louent sous la forme d'engagements verbaux, des baux ne sont conclus que rarement et pour des appartements assez importants. Pratiquement, les choses se passent ainsi : le prétendant locataire visite l'appartement par l'intermédiaire de la concierge à qui il remet, s'il se déclare satisfait, un Denier à Dieu.

Pour nous, deux questions se posent : quelle est la nature et quelle est la valeur de ce versement ?

1° *Nature du Denier à Dieu.* — Remis par le futur locataire au concierge, il ne peut être qu'une libéralité; c'est ce qu'affirme la jurisprudence : « C'est une libéralité consentie en prévision d'une location qui doit s'effectuer et une sorte de rémunération anticipée des services que les concierges sont tenus de rendre aux locataires » (13). Le Denier à Dieu est en somme un pourboire; nous en retrouvons les caractéristiques signalées par M. Voirin (cf. *supra*, note 1, page 112) : Absence de lien contractuel entre le futur locataire et le concierge, leur mise en contact à l'occasion d'un acte de

dépassaient de beaucoup les offres de ces mêmes locaux : ceux qui possédaient à titre de propriétaire ou de locataire, un magasin profitèrent de la situation pour monnayer la jouissance dé-sirée.

Le pas de porte est taxé à un taux de 12 % par la loi du 13 juillet 1925.

(13) Justice de Paix, 1^{er} arrondissement de Paris, 22 déc. 1871, S. 1871-2-281; D. P. 1871-3-91.

l'emploi; c'est, en effet, une des attributions du concierge que faire visiter les appartements à louer et de donner à leur sujet tous les renseignements nécessaires⁽¹⁴⁾.

2° *Valeur du Denier à Dieu*. — La nature du Denier à Dieu dégagée, nous pouvons voir quelle en est la valeur, ce que sa remise signifie.

Dans les rapports du futur locataire et du concierge, ce denier à Dieu n'est pas un droit pour le concierge⁽¹⁵⁾; il n'en acquiert pas sans réserve la propriété, et il devra le restituer si la location ne s'effectue pas car « c'est sans cause que le concierge détient le Denier à Dieu ».

Dans les rapports du propriétaire et du concierge, le Denier à Dieu reçu par ce dernier n'a aucune valeur. En effet, il faut au concierge un mandat spécial pour effectuer une location. « Le concierge est un préposé, établi par le propriétaire pour la garde, la surveillance, la propreté de la maison et l'utilité des locataires, mais en dehors d'un mandat spécial, il ne peut promettre la location d'un appartement, que ce faisant, il dépasse les limites des fonctions auxquelles il est préposé par le propriétaire dont il n'engage pas la responsabilité⁽¹⁶⁾ ».

Dès lors, dans les rapports du propriétaire et du futur locataire, le Denier à Dieu n'a aucun effet; il n'y a aucun contrat de location de conclu. Comment pourrait-on admettre qu'une simple libéralité vis-à-vis du concierge qui n'est pas le représentant du propriétaire (celui-ci peut même refuser valablement de ratifier les engagements pris par son concierge) ait la valeur d'un contrat entre le propriétaire et l'auteur de la libéralité ? Vis-à-vis du propriétaire le Denier à Dieu est *res inter alios acta*.

Ce point de vue est confirmé par la jurisprudence :

« Attendu que le Denier à Dieu ne suffit pas pour constituer un lien juridique entre les parties... qu'il ne prouve

(14) Dans le même sens : BACH (*Thèse, Paris, 1910*).

(15) Justice de Paix, 22 décembre 1871 précité.

(16) Seine, 16 fév. 1928, D. P. 1929-2-140. En même sens : Seine, 12 juillet 1926, rapporté en note et Paris, 26 juin 1926, *Gaz. Trib.*, 1926-2-667; Seine, 16 fév. 1928, D. P. 1928-2-40.

pas l'existence de la location, mais seulement qu'elle a été à l'état de projet entre les parties ⁽¹⁷⁾ ».

Juridiquement, le Denier à Dieu dans ce cas n'a donc rien de commun avec les arrhes. Or l'usage en a fait quelque chose d'analogue. En effet, le denier à Dieu donne à Paris la possibilité de se retirer dans les vingt-quatre heures, soit que le concierge rende le denier à Dieu ou que le prétendant locataire l'abandonne ⁽¹⁸⁾. Le denier à Dieu ressemble alors aux arrhes-dédit. Avant d'apprécier la valeur juridique de cet usage, relevons les différences entre les arrhes-dédit et ce Denier à Dieu.

a) Le Denier à Dieu n'est pas imputé sur le prix au cas où le contrat se forme. Et comment pourrait-il en être autrement puisqu'il est remis au concierge et non au propriétaire. Il en serait de même si le concierge avait un mandat spécial pour louer; dans ce cas, le denier à Dieu serait le signe de l'engagement ⁽¹⁹⁾, mais il serait acquis au concierge puisque, de par nature même, c'est une libéralité, un pourboire.

b) Celle des parties qui se désiste reprend le denier à Dieu ou le rend; il n'y a aucune restitution au double;

c) Le denier à Dieu est remis non pas au moment de la conclusion du contrat (elle ne se produira que lorsque le locataire aura signé l'engagement), mais avant ce contrat.

Cet usage est fort critiquable, il est illogique et ne repose sur aucune base juridique.

De quoi le futur locataire ou le concierge peuvent-ils

(17) Seine, 10 déc. 1881, D 18-83-3-15.

En sens contraire : BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, I, n° 193, notes 4 et 5.

(18) Voir sur cet usage : AGNEL et FORTIER, Code des propriétaires et locataires de maison, 1908, p. 51 et suivantes, n° 131; TAILLIAR, Dictionnaire de législation et de jurisprudence, v° Denier à Dieu, n° 21; GUILLOUARD, Du louage, t. I, n° 42; DUVERGIER et TOULLIER, Louage, t. I, n° 51.

(19) MILHAUD, Recueil des décisions de Justice de Paix, t. III, p. 237.

se dédire puisqu'ils ne se sont engagés à rien ? Le concierge n'étant pas le représentant du propriétaire, la remise du denier à Dieu n'a pu faire naître aucune obligation à la charge du propriétaire, aucun lien n'est né entre ce dernier et le futur locataire.

Le denier à Dieu n'est donc pas le signe de l'engagement, il ne peut pas prouver un contrat qui n'existe pas et qui n'existera peut-être jamais, en tout cas qui se formera entre le propriétaire et le locataire, c'est-à-dire entre d'autres personnes que celles qui ont donné et reçu le denier à Dieu. Les contrats n'étant pas susceptibles de se prouver par d'autres modes que ceux prévus par la loi, il faut admettre que la remise du denier à Dieu ne peut suffire à prouver l'existence de ce contrat de louage et à créer un lien juridique quelconque⁽²⁰⁾.

Dès lors est informée la jurisprudence constante pour affirmer l'absence de valeur du denier à Dieu comme signe de l'engagement, et qui, néanmoins, sanctionne cet usage qui permet de rendre ou de reprendre le denier à Dieu dans les vingt-quatre heures. Ce délai ne signifie rien. Si le contrat ne se forme pas, peu importe qu'il y ait ou non plus de vingt-quatre heures, le denier à Dieu sera perdu pour le locataire; sa nature de pourboire exclut la possibilité d'une restitution; d'autre part, comment concevoir que le concierge offre de rendre la somme reçue et se retire du contrat ? Il ne peut se dédire d'un contrat qu'il n'a pas passé et auquel il n'est pas partie. En réalité, c'est un usage déplorable; qu'il présente une certaine utilité, peut-être, car bien souvent le locataire ne voit pas le propriétaire. Le concierge qui a reçu le denier à Dieu lui fait signer ensuite, après en avoir référé au propriétaire, un engagement signé également de ce dernier. Mais sur le terrain strictement juridique, cette pratique est injustifiable. Il est regrettable que nous n'ayons sur ce point que des décisions de juge de paix.

(20) Cf. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1904, p. 188. Commentaires d'une décision de Justice de Paix précitées du 7 février 1902.

B) LOUAGE DE SERVICES.

Nous avons vu qu'il était d'usage dans certaines régions ⁽²¹⁾, que le maître qui arrête un domestique lui remette une petite somme d'argent appelée denier à Dieu. Cette remise remplit un but de preuve, elle est le signe de l'engagement. Le denier à Dieu constitue dans ce cas des arrhes-preuve. Nous verrons plus loin (*infra*, 2^e partie, Titre II, chap. 2) dans quelle mesure il permet la preuve de ce contrat. L'usage s'est établi également, parallèlement à ce que nous avons constaté en matière de location verbale, de considérer le denier à Dieu comme réservait à chacune des parties la faculté de se dédire dans les vingt-quatre heures. Devons-nous adresser à cet usage les mêmes critiques que précédemment ? Il ne semble pas.

En effet, rien ne s'oppose à ce que nous considérions le denier à Dieu comme des arrhes-dédit. Il se trouve remis par l'une des parties à l'autre, au moment de la conclusion du contrat et dans le but de réserver à l'une ou à l'autre la faculté de se dédire — que le délai soit réduit à vingt-quatre heures, cela n'implique nullement que l'article 1590 du Code civil ne soit pas applicable, car nous avons vu que cet article n'était pas d'ordre public et que les parties pouvaient y déroger. Dès lors, on peut affirmer que dans ce cas le denier à Dieu ne diffère pas des arrhes-dédit, qu'il y a une application de l'article 1590. Certes il y aura des différences entre ce dédit et celui de l'article 1590, résultant d'une dérogation tacite des parties notamment restitution au simple, mais les impossibilités juridiques constatées précédemment ont disparu.

§ 4. *Consignation remise aux Officiers ministériels dans les adjudications immobilières.*

Le dernier acte de la procédure de la saisie-immo-

(21) Ainsi, en Beauce, à lieu chaque année la « louée ».

bilière nous transporte dans l'enceinte du Tribunal : l'immeuble saisi est mis aux enchères. Mais l'article 705 du Code de procédure civile pose le principe que « les enchères sont faites par le ministère d'avoués et à l'audience », et l'assistance de l'avoué est considérée comme étant de l'essence même de l'enchère, à tel point que si l'enchère était portée par une autre personne qu'un avoué, elle ne serait pas seulement nulle, mais inexistante (22). Le motif de cette exigence est d'assurer, grâce à l'anonymat des enchérisseurs, la liberté des enchères et de permettre ainsi à l'immeuble d'atteindre le plus haut prix; elle a pour effet également de déjouer toutes les manœuvres et d'éviter les collusions.

Les avoués ont pour habitude d'exiger du client, pour le compte duquel ils vont porter des enchères (dans les limites convenues entre eux et stipulées dans le pouvoir donné par le client à son avoué), une assez forte somme appelée dans le langage des affaires une Consignation. Cette somme est assez importante, elle peut atteindre le dixième de la mise à prix de l'immeuble. Cette consignation prouve la sincérité du client enchérisseur et sa loyale intention de se porter acquéreur.

Il semble qu'il y ait une complète analogie entre cette opération et celle que nous avons examinée plus haut (cf. *supra*, chap. I, sect. 1, § 2) dans laquelle les Agents de change se font, dans les marchés à terme, remettre une couverture. Nous avons vu que cette dernière était d'une façon générale considérée comme un acompte, nous avons dit qu'elle constituait des arrhes; aucune raison, semble-t-il, pour refuser le même caractère aux sommes consignées dans les adjudications immobilières.

A notre sens cependant, si l'on recherche et si l'on compare le mécanisme de ces deux opérations, on s'aperçoit qu'elles diffèrent l'une de l'autre, en ce que

(22) Req., 30 déc. 1902, D. P. 1903-1-137. Cet arrêt est un des rares, sinon le seul, où la jurisprudence semble accepter la théorie de l'inexistence des actes juridiques. La même exigence se retrouve en cas d'adjudication immobilière par devant notaire.

le risque contre lequel l'avoué se prémunit en exigeant une consignation n'est pas le même que celui que l'Agent de change cherche à éviter en exigeant une couverture. Ce que l'agent de change redoute c'est au jour de la liquidation l'insolvabilité de son client. En effet, l'agent de change est un commissionnaire, il est l'intermédiaire obligatoire entre son client et la contre-partie, l'acheteur ne connaîtra pas son vendeur; l'Agent de change est de plus commissionnaire du croire, c'est-à-dire qu'il ne doit pas révéler à son propre client le nom de la personne avec laquelle il a traité et qu'il est responsable non seulement, vis-à-vis du tiers mais également vis-à-vis de son client; il est reponsable personnellement de l'exécution du marché. Ces lourdes responsabilités justifient l'exigence de garantie et notamment la remise d'une couverture.

L'avoué, au contraire, n'est pas un commissionnaire, il n'est qu'un intermédiaire temporaire, occasionnel entre le saisi et l'adjudicataire; la loi lui fait même une obligation (art. 707 et suivants) de dénoncer la personne pour le compte de laquelle il a porté ses enchères. Il a représenté son client, mais il n'est pas responsable vis-à-vis de lui, pas plus que vis-à-vis du saisi, de l'opération.

L'agent de change traite en son nom, l'avoué traite au nom de son client.

Dès lors, la garantie exigée par les avoués n'a pas la même signification que celle remise à l'agent de change puisque l'avoué n'est pas responsable de l'opération. Cette consignation garantit seulement une enchère sincère, loyale, dénote l'intention ferme du client de se porter acquéreur. Mais une fois les enchères portées, le prix fixé, l'avoué se retire, cesse d'être intermédiaire entre les parties. La somme consignée ne peut donc être un acompte. Acompte sur quoi ? puisque l'avoué n'est pas partie au contrat, que le prix n'est pas encore fixé lorsqu'elle est remise et que le contrat ne se formera peut-être pas entre celui qui la remet et le propriétaire de l'immeuble. Elle ne peut évidemment non plus représenter le montant d'un dédit. Cette somme ne constitue

donc pas des arrhes, c'est une simple garantie pour l'avoué contre un enchérissement fantaisiste. Cette consignation ne peut constituer au surplus des arrhes dans les rapports de l'avoué et de son client, une fois les enchères portées, le client est déclaré adjudicataire et deux hypothèses peuvent se produire : ou bien, c'est le cas normal, l'adjudicataire accepte et verse son prix entre les mains de l'avoué. La consignation viendra « en compte » sur ce prix, mais ainsi que nous l'avons déjà dit cela ne constituera pas un acompte car le prix est dû non à l'avoué mais, en l'espèce, au créancier poursuivant. Si le prix est diminué du montant de la consignation, c'est par l'application des règles de la compensation, de simples principes comptables, mais non sous l'effet d'une obligation; ou bien — c'est la deuxième hypothèse — l'adjudicataire n'avait pas l'intention d'acquérir, il a simplement voulu fausser les enchères, l'avoué serait alors réputé dernier enchérisseur (article 707 et la consignation reçue servirait à compenser le préjudice qu'il subit. Cette hypothèse est théorique, car les avoués ne manquent pas de se faire délivrer un « pouvoir », une procuration, c'est-à-dire un acte, en bonne et dûe forme, dans lequel le client donne mandat à l'avoué de porter des enchères à son nom et la consignation vient affirmer cet engagement; en cas d'inexécution l'avoué pourrait se retourner contre son client par l'action née du mandat.

La même solution doit être donnée pour les consignations remises lors des adjudications devant notaires; seul un officier ministériel peut porter une enchère et il exige dans ce but la consignation d'une certaine somme.

§ 5. *Les Provisions d'Avocat.*

La question de savoir si la provision remise aux avocats constitue ou non des arrhes ne peut se résoudre *a priori* ou par comparaison avec les couvertures d'Agents de change ou les consignations versées aux officiers ministériels : elle mérite un examen spécial

en raison de la divergence entre ce qui existe dans la pratique des affaires et les principes qui régissent les honoraires dûs aux avocats.

Si l'on se reporte aux usages de la profession d'avocat⁽²³⁾, on y voit que « les honoraires logiquement dûs à l'avocat n'engendrent qu'une obligation en quelque sorte naturelle dont chacun d'eux doit le sacrifice à la dignité de sa profession, à ses confrères et à lui-même, lorsque l'ingratitude du client lui refuse le prix de son travail⁽²⁴⁾. Un arrêté du 13 Juin 1899 précise « qu'une tradition aussi ancienne que l'Ordre lui-même et consacrées par toutes les décisions du Conseil place au premier rang des devoirs de l'avocat, le désintéressement professionnel; que l'honoraire doit être payé librement par le client, qu'en aucun cas il ne peut être exigé et qu'il ne peut jamais être l'objet d'une action en justice ».

« Exiger d'avance le paiement d'une somme que l'avocat fixe..., c'est manquer aux devoirs les plus élémentaires de cette charge. »

Ainsi donc, en droit, la question ne se pose même pas, des arrhes ne peuvent être versées par le client à l'avocat.

En fait, on est forcé de reconnaître qu'il est fait assez bon marché des règles chevaleresques énoncées plus haut: dès qu'un client entre dans le cabinet d'un avocat, il verse entre les mains de celui-ci une provision. Cette pratique -- bien qu'elle aille à l'encontre « des devoirs de l'avocat, du désintéressement professionnel » dont il doit faire sa règle de conduite -- n'a rien de choquant à condition que la demande soit modérée: Il est normal, au contraire, que l'Avocat qui va faire des démarches, des études, qui va dépenser son temps à la conduite d'une affaire, non seulement se fasse dédommager, mais

(23) Cf. CRESSON, *Abrégé des usages et règles de la profession d'avocat*, 3^e édition, 1907.

(24) CRESSON, *op. cit.*, p. 135; Colmar, 22 janvier 1846, S. 1846-2-191; Cassation, 4 janvier 1853, S. 1853-1-112.

se garantisse contre l'insolvabilité ou la mauvaise foi de ses clients.

Il s'est malheureusement produit des cas où la provision exigée était hors de proportion avec l'affaire à traiter; mais, dans la mesure où elle constitue une première mise de fonds, on peut dire qu'elle constitue des arrhes, un acompte sur ce que le client devra finalement lorsque son affaire sera terminée : il y a là quelque chose d'analogue à la couverture remise à l'Agent de change.

SECTION II.

Caractéristique des Arrhes.

L'examen de ces différentes institutions nous permet maintenant de dégager les caractères essentiels des arrhes. Quelle que soit la fonction qu'elles remplissent, ces caractères sont les suivants :

1° C'est une somme (ou objet) remise au moment de la formation du contrat. En effet, la signification que prendra dans chaque espèce le versement des arrhes doit se révéler au moment même où le contrat se forme. C'est à ce moment que les parties doivent savoir ce à quoi elles s'engagent, notamment si les arrhes leur permettent ou non de se retirer du contrat. C'est ce qu'exprime un jugement du Tribunal de Lyon du 25 juin 1887⁽²⁵⁾ qui déclare que « l'on ne saurait considérer comme ayant ce caractère (d'arrhes), le dépôt d'une somme consignée postérieurement à une promesse de vente... »

2° Cette somme doit être remise par l'un des contractants à l'autre. C'est par là que les arrhes se distinguent

(25) *Journal des Sociétés*, 1888, p. 265.

des épingles, du pot de vin, et du denier à Dieu remis au concierge... Les fonctions remplies par les arrhes font, en effet, partie intégrante de la convention principale, et on ne peut admettre qu'une somme remise à un tiers ou par un tiers au contrat, puisse affecter l'existence ou l'exécution de ce contrat.

3° Cette somme est remise dans un certain but qui est soit de confirmer le contrat, soit de réserver une faculté de dédit. Dès lors, ne sont pas des arrhes :

a) Les sommes remises par le locataire au bailleur à titre de loyer d'avance ou de fermage par anticipation. Le but de cette remise est de donner une garantie au bailleur, en compensation de la jouissance de la chose louée, jouissance qu'il concède immédiatement au locataire.

b) Les sommes remises par le gérant d'un fonds de commerce au propriétaire, sous le nom de dépôt de garantie, cette somme étant destinée à prémunir ce dernier contre la dépréciation de son fonds de commerce provenant du fait du gérant. Ce n'est ni une preuve, ni un acompte, ni une faculté de dédit.

c) Le cautionnement versé par l'adjudicataire de travaux publics à l'Administration. C'est une simple garantie.

La difficulté est de savoir quand une somme remise à titre d'acompte constituera des arrhes. L'étude de la nature juridique des arrhes-acompte nous permettra seule de répondre à cette question. (*Infra*, II^e partie, Titre II, chap. 1).

4° Les arrhes sont accidentelles, elles ne sont de la nature d'aucun contrat. Elles sont ordinairement ajoutées au contrat de vente, mais ce contrat peut très bien exister — c'est le cas le plus fréquent — sans arrhes. Ainsi, la première prime payée lors de la conclusion d'un contrat d'assurance n'a rien de commun avec des arrhes. On pourrait croire qu'elle en prouve la conclusion. Ceci est faux car le paiement de la première prime est une des conditions de formation du contrat; il ne peut se former que si la prime est payée. Les con-

ditions générales des Polices d'Assurances portent un paragraphe rédigé de la façon suivante : « L'assurance n'a d'effet que le lendemain midi du jour où la prime de la première année aura été payée », ce qui laisse bien entrevoir le rôle essentiel dans les formations du contrat joué par le paiement de la première prime.

5° Les arrhes supposent un contrat parfait, c'est-à-dire réunissant les conditions essentielles à sa formation. Ceci est évident lorsque les arrhes sont un acompte, puisqu'elles constituent un commencement d'exécution et supposent donc un contrat formé et ayant une valeur comme tel. Mais même lorsqu'il s'agit d'arrhes-dédit, celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'à un contrat, à un accord de volonté ayant la valeur d'un contrat. C'est ce qu'exprime une décision du Tribunal de Lyon du 25 juin 1887 ⁽²⁶⁾ : « Il ne peut y avoir d'arrhes... qu'autant que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix... » Et, en effet, si les parties ne sont pas d'accord sur la chose et sur le prix, les arrhes versées ne pourraient être ni un acompte — acompte sur quoi ? — ni un dédit : Les parties n'ont pas à se dégager puisqu'elles ne sont pas engagées. Les arrhes ne pourraient au surplus servir de preuve.

6° Certains auteurs pensent que les arrhes présentent un sixième caractère : elles seraient toujours une somme minime. Dès lors, les couvertures d'agent de change cesseraient d'être des arrhes dès qu'elles atteindraient un pourcentage trop élevé. Nous ne pensons pas que la minimité soit caractéristique des arrhes, pour deux raisons. C'est en premier lieu une notion fuyante et il est impossible de fixer la limite en-deça laquelle une somme pourrait être considérée comme arrhes et au-delà laquelle elle cessera de l'être. Ensuite et surtout parce que la jurisprudence fait justement état de l'importance de la somme versée pour rechercher la nature de cette somme ; la somme est-elle minime, la jurisprudence a tendance à dire qu'elle se trouve en face

(26) *Journal des Sociétés*, 1888, p. 265.

d'arrhes-dédit; la somme est-elle importante, il s'agit plutôt d'un acompte. Ce n'est d'ailleurs qu'une tendance. La Cour de cassation a récemment reconnu la qualité d'arrhes-dédit à une somme de 30.000 francs versée lors de la conclusion d'une vente de terrain à Biarritz. Le prix de ce terrain étant de 203.300, les arrhes étaient donc très élevées⁽²⁷⁾.

Si la couverture remise à l'agent de change représente 75 ou 80 % du montant de l'opération, cela ne lui retire pas le caractère d'arrhes, mais cela signifie que la garantie fournie est plus forte. La meilleure garantie n'est-elle pas d'être payé comptant ?

L'importance des arrhes est simplement révélatrice de leur fonction.

(27) Req., 16 février 1932, S. 1932-1-133.

DEUXIÈME PARTIE

MÉCANISME DES ARRHES

Nous avons étudié successivement dans notre première partie, d'une part les fonctions des arrhes, leur interprétation et leurs applications; d'autre part, nous avons délimité leur domaine, c'est-à-dire le cadre dans lequel cette institution se meut; nous en avons enfin précisé les caractères. Si nous nous permettons une comparaison, nous dirons que jusqu'ici nous avons vu le moteur, en action et au repos, dans son ensemble et dans les détails, nous l'avons décomposé en ses pièces principales. Il nous reste maintenant à expliquer comment ce moteur marche, c'est-à-dire pour revenir à notre sujet, à quels principes juridiques l'institution des arrhes se rattache, quelles sont les règles qui la dominent et qui la régissent. Après avoir examiné les faits, constaté comment dans la réalité les arrhes fonctionnaient et se comportaient, il nous faut maintenant relier l'institution aux principes.

Nous consacrerons un Titre à chacune des deux fonctions principales que nous avons distinguées, la fonction de repentir remplie par les arrhes-dédit (Titre I) et la fonction confirmatoire remplie par les arrhes-preuve et les arrhes-acompte (Titre II).

TITRE I

LES ARRHES-DÉDIT

Il nous est apparu dans notre première partie que la fonction la plus caractéristique des arrhes était la fonction de repentir. Certains auteurs vont même jusqu'à refuser la qualification d'arrhes aux versements effectués à titre de preuve ou d'acompte ou, tout au moins, réservent aux arrhes-dédit le nom d'arrhes proprement dites⁽¹⁾. Nous ne partageons pas entièrement cette opinion, les arrhes-acompte et les arrhes-preuve sont également des arrhes; nous reconnaissons seulement que les arrhes-dédit présentent une certaine originalité, qu'en tout cas cette fonction est exorbitante, dérogoire au droit commun des contrats. En effet, c'est un principe universellement admis dans notre droit que si un contrat se conclut par le seul consentement des parties, il faut, pour le faire disparaître, le consentement de tous ceux qui l'ont fait. La dissolution des contrats par voie unilatérale, par la volonté d'un seul des contractants n'est pas admise d'une façon générale dans notre droit, elle n'existe qu'exceptionnellement ; les arrhes-dédit sont un des cas particuliers où elle existe : grâce à un versement interprété comme dédit, le contrat sera susceptible de disparaître à la demande d'un seul des contractants.

(1) Cf. notamment AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, § 349.

Ce résultat a semblé si surprenant, si lourd de conséquences que certains auteurs ont vu dans le versement d'arrhes l'exécution d'un contrat particulier, dont l'effet était de permettre la disparition du contrat principal. Nous examinerons donc la nature de la stipulation d'arrhes; est-ce un contrat particulier ou simplement une clause du contrat principal ? (Chapitre I.)

Dans un deuxième chapitre, nous considérerons l'opération dans son ensemble et rechercherons à quel concept juridique nous pouvons la rattacher, c'est-à-dire quelle est la nature juridique des arrhes-dédit. (Chapitre II.) Un dernier chapitre sera consacré à l'étude des rapports particuliers qui naissent entre les contractants à la suite d'un versement d'arrhes (Chapitre III.)

CHAPITRE I

NATURE DE LA STIPULATION D'ARRHES

Une convention d'arrhes, distincte du contrat principal ne se conçoit que lorsqu'il s'agit d'arrhes-dédit : les arrhes-preuve ou les arrhes-acompte ne peuvent en être séparées, elles n'ont d'autre influence sur ce contrat que d'en confirmer l'existence; elles constituent un des nombreux points sur lesquels l'accord des parties se fait et dont l'ensemble forme le contrat.

Au contraire, lorsque les parties ont versé et reçu des arrhes au sens de l'article 1590 du Code civil, on peut dissocier l'opération et y voir deux conventions distinctes :

D'une part, le contrat principal, vente, louage, etc...

D'autre part, la convention d'arrhes aux termes de laquelle ce contrat principal disparaît si l'un des contractants en manifeste le désir.

Cette division en deux conventions distinctes n'est pas inédite, elle n'est pas non plus nouvelle. Pothier disait déjà : « Ces arrhes qui se donnent lors d'un marché seulement proposé et avant qu'il ait été conclu, forment la matière d'un contrat particulier par lequel celui qui me donne des arrhes consent de les perdre et de m'en transférer la propriété, en cas de refus de sa part de conclure le marché proposé; et je m'oblige de mon côté à les rendre au double en cas de pareil refus de ma part » (1).

(1) POTHIER, De la vente, n° 497. Nous nous sommes déjà expliqué sur cette distinction des arrhes données avant le contrat et après le contrat. (*Supra*, 1^{re} partie, chap. III.)

C'était donc, au dire de Pothier, un véritable contrat qui réunissait les caractères suivants : contrat réel, synallagmatique imparfait et accessoire.

a) C'était un contrat *réel*. Ce contrat ne peut se former disait Pothier que lorsque les arrhes sont remises par l'une des parties à l'autre, c'est la tradition qui marque l'accord des parties sur le point de se réserver la faculté de se dégager du contrat principal. « Ce contrat est un contrat réel car il ne peut y avoir de contrat d'arrhes sans un fait qui est la tradition d'arrhes » (2). En effet, l'obligation essentielle de restitution incombant à celui qui a reçu les arrhes ne peut prendre naissance et donc le contrat ne peut se former tant que la prestation de la chose à restituer n'a pas eu lieu. C'est la *res præstita* qui vaut formation du contrat. L'obligation naît « *ex re* », le consentement des parties n'a qu'un rôle accessoire.

La théorie de Pothier trouverait, au besoin, en sa faveur, un argument de texte dans l'article 1590 : « Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant, et celui qui les a reçues en restituant le double. »

Les mots « données », « reçues » et « restituant » semblent bien indiquer l'importance de la tradition; cet argument aurait autant de valeur pour le contrat d'arrhes qu'il en a pour le commodat (art. 1875), le prêt de consommation (art. 1892, le dépôt (art. 1915 qui emploie les mêmes expressions que l'article 1590) et le nantissement (art. 2071), liste des contrats réels d'après la doctrine classique à laquelle, d'après Pothier, on devrait ajouter le contrat d'arrhes qui serait de même nature (3).

(2) POTHIER, *op. cit.*, n° 499.

(3) Article 1875 : « Le prêt à usage en commodat est un contrat par lequel l'une des parties *livre* une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la *rendre* après s'en être servi. »

Article 1892 : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties *livre* à l'autre une certaine quantité de

b) C'était, d'autre part, un contrat *synallagmatique imparfait*. La plupart des civilistes substituent, en effet, à la division bipartite des contrats (art. 1102 et 1103 Code Civil), une classification tripartite en contrats unilatéraux, synallagmatiques et, classe intermédiaire, synallagmatiques imparfaits. Cette distinction, Pothier ne l'ignorait pas, et il rangeait le contrat d'arrhes dans cette dernière catégorie. En effet, disait-il, le contrat d'arrhes est intéressé de part et d'autre, mais en somme il n'y a qu'une obligation qui soit l'obligation principale du contrat; c'est bien là la caractéristique du contrat synallagmatique imparfait: s'il intervient entre deux ou plusieurs personnes, il n'engendre actuellement qu'une obligation, l'autre obligation n'étant qu'éventuelle. Or, c'est celui qui reçoit les arrhes qui s'oblige envers l'autre » (4). Il s'oblige à les rendre plus une somme égale pour le cas où il refuserait de conclure le marché. Mais celui qui les donne ne s'engage à rien; il en transfère seulement la propriété à l'autre.

Et, par là, ce contrat se rapprochait encore des contrats de dépôt, de prêt à usage, de nantissement et de mandat où l'obligation du dépositaire, de l'emprunteur ou du créancier gagiste de rendre la chose reçue et du mandataire de rendre compte sont les seules obligations principales de ces contrats; les obligations des autres parties contractantes du déposant par exemple ou du prêteur ne sont qu'incidentes et ne donnent lieu qu'à une *actio contraria* par opposition à l'*actio directa* qui naît de l'obligation principale.

choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. »

Article 1915 : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature. »

Article 2071 : « Le cautionnement est un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette. »

Les auteurs, partisans des contrats réels, tirent argument en leur faveur des termes de ces articles.

(4) POTHIER, *op. cit.*, n° 500.

c) Le contrat d'arrhes était enfin un contrat *accessoire*. Nous n'insisterons pas sur ce caractère, car nous avons déjà dit (première partie, Chapitre IV, Section II) que les arrhes étaient accidentelles, qu'elles n'étaient de la nature d'aucun contrat. C'est, en effet, une convention qui, de par sa nature même et par son but ne se conçoit que jointe à un contrat principal dont elle constitue l'accessoire.

« Si c'est d'un consentement réciproque que le marché ne se fait pas parce que la perte de la chose qui en faisait l'objet ou le changement considérable arrivé dans cette chose empêche qu'il ne puisse se conclure : celui qui a reçu les arrhes doit les rendre et rien au delà » disait Pothier (N° 503). De là, on en déduit le caractère accessoire de la convention d'arrhes, car si c'est d'un consentement mutuel que le contrat ne se forme pas, les arrhes manquent leur but et, dès lors, elles disparaissent avec le contrat principal.

Telle est la théorie de Pothier : que faut-il en penser ? Reprenons ces différents caractères.

A supposer que le contrat d'arrhes réunisse tous les caractères d'un contrat réel, encore faut-il pour le ranger dans cette catégorie que cela présentât un intérêt. En effet, c'est un principe dans notre droit que les contrats se forment par simple consentement et que la tradition (au sens romain du mot) n'ajoute rien à leur perfection. La survivance d'un contrat réel ne peut donc se justifier que par un intérêt indéniable. Dans notre cas, quel est cet intérêt ? le seul que l'on puisse découvrir, c'est qu'une promesse d'arrhes n'aurait aucune valeur : dans le cas où les parties se mettraient d'accord pour se verser des arrhes, il n'y aurait jusqu'au versement qu'un simple projet, dénué de toute valeur juridique. Seule leur remise transformerait ce projet en contrat et entraînerait l'éclosion des obligations qui y sont attachées.

Cette opinion est inexacte. Il n'existe plus, à notre avis, dans notre droit aucun contrat réel. En effet, la remise de la chose n'est pas une condition de formation

du contrat mais simplement l'exécution d'une obligation, exécution qui n'a pas besoin pour la validité du contrat d'être contemporaine de sa conclusion. Dès que les parties se sont mises d'accord le contrat est formé, qu'il s'agisse de gage, de prêt ou d'arrhes et la remise de la chose ou de la somme confirmera la formation du contrat. Affirmer l'existence des contrats réels, c'est confondre conclusion et exécution du contrat. La preuve, nous la trouvons dans le fait suivant : en cas de prêt, le prêteur fait d'abord signer l'emprunteur puis, ensuite, lui remet la somme prêtée. Au moment où l'emprunteur signe, le contrat est formé. Les choses se passeront de la même façon avec les arrhes : les contractants signeront leur convention et ensuite les arrhes seront versées par l'un à l'autre. Le contrat sera formé dès l'échange des consentements, si les arrhes ne sont pas versées par la suite, le contrat sera seulement inexécuté.

Nous rejetons la théorie des contrats réels dans son ensemble, il n'y a aucune raison pour que nous fassions exception pour les arrhes.

Si certains auteurs ont pu croire que les obligations attachées aux arrhes ne naissaient qu'avec la remise de celles-ci, c'est par suite d'une confusion. L'histoire nous révèle en effet de quelle façon se fit dans notre Ancien Droit l'évolution dont le terme fut la consensualité des contrats : il n'y eût pas un brusque passage du formalisme implanté par les lois barbares au principe consensuel, mais les formalités concomitantes à la formation des contrats allèrent en se simplifiant et les deux dernières qui ont survécu sont les arrhes et la paumée. Pour marquer le moment où elles sont liées l'une à l'autre, les parties se remettaient des arrhes ou bien se tapaient dans les mains. Mais, dans ce cas, les arrhes jouent seulement, ainsi que nous l'avons vu, le rôle de preuve, leur remise n'est pas une condition d'existence du contrat. Il est possible qu'il se soit produit une confusion et que certains auteurs tirant argument du fait que les arrhes étaient remises au moment où le contrat se formait et pour prouver cette formation, aient affirmé que les ar-

rrhes n'avaient d'effet que lorsqu'elles étaient versées, qu'en somme le contrat dont elles faisaient l'objet était un contrat réel. L'acte qui importait en effet, était la remise des arrhes, puisque celle-ci marquait le moment de la conclusion du contrat et c'est le seul point qui a retenu l'attention. On a confondu la conclusion et la preuve de cette conclusion.

Ceci nous amène à préciser qu'il n'y a aucune contradiction entre ce que nous affirmons, à savoir que le contrat d'arrhes n'est pas un contrat réel, et ce que nous avons dit sur les caractéristiques des arrhes, notamment que celles-ci doivent être versées au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit de la conclusion du contrat principal; c'est évidemment à ce moment qu'elles devront être remises non pas pour rendre valable la convention d'arrhes, mais pour remplir leur rôle, par rapport au contrat principal.

Le contrat d'arrhes se forme par la simple convention. Les parties tombent d'accord pour se verser des arrhes, cela suffit, toute autre formalité serait superflue et n'ajouterait rien au contrat. Il ne faut pas dire que celui qui a reçu des arrhes ne sera obligé à les rendre au double que lorsque son contractant lui en aura fait le versement. Son obligation est née dès le moment où il a accepté de recevoir des arrhes en dehors de tout versement, c'est-à-dire en d'autres termes quand le contrat s'est formé. La remise des arrhes ne constituera que l'exécution de l'obligation de l'autre partie. La séparation est donc très nette : d'une part, formation du contrat avec naissance corrélatrice de l'obligation pour l'un de verser une certaine somme, pour l'autre de restituer dans un cas déterminé le double de cette somme; d'autre part, exécution de ce contrat, une des parties verse effectivement les arrhes convenues.

Une objection — devenue classique — a été faite à ce raisonnement qui vaut pour tous les contrats dits réels. Comment, a-t-on dit, l'un des contractants peut-il s'obliger à rembourser quelque chose qu'il n'a pas encore reçu ? Tant que le prêteur, le déposant... et nous

ajoutons le donneur d'arrhes, n'auront pas versé la somme convenue..., l'emprunteur, le dépositaire et celui qui recevra les arrhes ne peuvent être astreints à rembourser. Cette objection n'atteint en rien notre système. Si, en effet, le prêteur, le déposant, le donneur d'arrhes, etc., ne s'exécutent pas, l'obligation de l'emprunteur, du dépositaire et de celui à qui les arrhes devaient être versées, tombe par ce qu'elle manque de cause. L'obligation de ce dernier a pour cause, suivant la théorie de M. Capitant⁽⁵⁾, l'exécution de l'obligation de l'autre partie. Son obligation est née en même temps que celle du donneur d'arrhes, mais l'exécution n'en deviendra possible qu'après la remise des arrhes. La remise des arrhes, bien loin d'être la condition essentielle de la formation du contrat d'arrhes n'affecte que l'exécution de l'obligation éventuelle de restitution.

Dès lors, il n'est nullement contradictoire de dire qu'il est caractéristique des arrhes qu'elles soient versées au moment où le contrat principal se forme, et que cette remise n'est pas nécessaire pour que le contrat d'arrhes se forme. Si les arrhes doivent être versées quand le contrat principal se forme, c'est que c'est à ce moment et non après que doivent être précisées les garanties entourant l'existence même de ce contrat. Certes, les parties pourraient convenir que si l'une d'elles refuse d'exécuter ses obligations, ou désire simplement se retirer du contrat, celui-ci disparaîtra à charge pour elle de verser à l'autre une certaine somme. C'est la clause de dédit proprement dite et que nous retrouverons mais la garantie présentée par les arrhes est bien supérieure à cette clause : En effet, les parties ne se sont pas contentées de prévoir une sanction en cas de rupture, elles ont précisé cette sanction. Ainsi, en matière de promesse de vente, le bénéficiaire peut stipuler un dédit en cas d'inexécution par le promettant. Mais pour que la garantie soit complète, il assortira ce dédit d'une hypothèque sur l'immeuble, objet de la promesse. Pour se

(5) *Op. cit.*, t. II, n° 58.

garantir contre l'insolvabilité du promettant le bénéficiaire n'aura qu'à exiger des arrhes, ce qu'il obtiendra beaucoup plus facilement, aucune hypothèque n'étant alors nécessaire⁽⁶⁾. Au surplus, ainsi que nous l'avons déjà dit, il y a toujours dans un contrat une des parties qui est plus ou moins forte que l'autre, qui fait plus ou moins la loi du contrat. C'est cette dernière qui exigera des arrhes pour se prémunir contre la défaillance de l'autre. C'est une forte garantie qui ne se conçoit que concomitante à la formation du contrat auquel elle sert de sanction.

Pour finir, remarquons combien la théorie de Pothier était sur ce point peu logique : on ne comprend pas pourquoi la remise des arrhes était capitale, indispensable, lorsque celles-ci étaient un dédit, alors que cette exigence n'existait pas pour les arrhes-preuve, ou pour les arrhes-acompte. Seul le but rempli diffère, mais le versement, au point de vue de l'existence de la stipulation d'arrhes, a la même importance.

Le deuxième caractère attribué par Pothier au contrat d'arrhes était d'être synallagmatique imparfait. La caractéristique de ces contrats est d'être des contrats unilatéraux, c'est-à-dire n'engendrant des obligations qu'à la charge d'un seul des contractants, mais pouvant néanmoins faire naître plus tard, à la charge de l'autre contractant, une ou plusieurs obligations. Ainsi, le contrat de dépôt est synallagmatique imparfait, car au début, seule le dépositaire est obligé; il est tenu principalement de rendre ce qu'il a reçu, tandis que le déposant ne l'est pas. Mais ce dernier peut devenir débiteur vis-à-vis du dépositaire dans le cas, par exemple, où celui-ci aurait fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée. Or, il est assez difficile d'imaginer que le contrat d'arrhes soit de cette catégorie. On ne voit pas, en effet, si seul celui qui a reçu des arrhes est obligé, comment une obligation pourrait naître éventuellement et par la suite à la charge de celui qui les a versées ; quel

(6) Cf. Henri LALOU, Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles. Chronique au D. H. 1928, p. 1.

serait l'objet de cette obligation ? dans quels cas naîtraient-elles ? On conçoit, en effet, que le dépositaire ait fait quelques frais pour la conservation de la chose, de même le créancier gagiste, mais en ce qui concerne les arrhes on n'imagine pas une telle obligation. Dès lors, le contrat serait un simple contrat unilatéral.

Pour nous, il n'y a pas d'hésitation ; après la construction que nous avons faite plus haut, il y a obligation à la charge des deux parties et donc contrat synallagmatique.

Tout ce qui subsiste de la théorie de Pothier, c'est le caractère accessoire des arrhes : cette convention n'a de raison d'être que jointe à un contrat qu'elle sanctionne ; elle ne se conçoit pas isolément. La conséquence, c'est que, si d'après l'article 1132 le billet non causé est valable, une reconnaissance de dette dont la seule cause serait d'être faite à titre d'arrhes, serait également valable, mais celui à qui on l'oppose aurait la possibilité soit de prouver que cette cause est fausse, qu'il n'y a pas eu versement d'arrhes, soit de prouver que ce versement d'arrhes était isolé, parce que le contrat auquel il s'appliquait était nul. Un versement d'arrhes sans lien avec un contrat auquel il sert de sanction n'a aucune valeur.

Au surplus, la base même de la théorie de Pothier peut être contestée : y a-t-il vraiment « contrat d'arrhes » ? En s'appuyant sur le Code, il serait plus exact de dire qu'il y a convention et non contrat puisque la stipulation d'arrhes a principalement pour objet de modifier des obligations, de rendre précaire l'existence d'un contrat qui sans elle était intangible, mais les civilistes tendent de plus en plus à assimiler contrat et convention, appelant ainsi « tout accord de volonté par lequel deux ou un plus grand nombre de personnes établissent entre elles un rapport juridique et en déterminent les conditions et les effets ou bien modifient et éteignent un rapport préexistant » (7).

(7) M. CAPITANT, Cours de Droit civil approfondi, 1932-33.

simple clause d'un contrat, clause semblable, dans la nature, mais non dans les effets, à la clause pénale ou la clause de dédit proprement dite. Les parties ne passent qu'un contrat : vente, louage, etc..., et acceptent l'insertion dans ce contrat d'une clause stipulant un versement d'arrhes auquel elles impriment une certaine fonction mais ce versement ne fait pas l'objet d'un deuxième contrat; il constitue une garantie, il sert dans une certaine mesure de sanction à l'obligation de donner suite au contrat.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DES ARRHES-DÉDIT

La fonction de repentir des arrhes donne aux contractants, nous l'avons vu, la faculté de se retirer du contrat en subissant « la loi des arrhes », c'est-à-dire en perdant le montant. Cette fonction comporte une fin et un moyen. La fin c'est la disparition du contrat, le moyen c'est la perte des arrhes. Comment expliquer que le contrat puisse ainsi disparaître à la demande d'un seul des contractants, comment concilier l'opposition qui se manifeste entre la conclusion du contrat — qui exige la réunion des deux consentements — et son anéantissement qui sera le fait d'un seul ? Cette explication constitue la nature juridique des arrhes-dédit.

Différentes théories ont été émises à ce sujet. Nous les classerons en deux catégories selon qu'elles soutiennent ou non que le versement d'arrhes exerce une influence sur la nature même du contrat dont il sanctionne l'exécution. Dans une première section nous étudierons deux systèmes dont la caractéristique est de faire du contrat principal un contrat dont l'existence est plus ou moins précaire. Une deuxième section sera consacrée à la comparaison de l'obligation avec arrhes à certains types voisins d'obligations. Dans une troisième section, nous conclurons et nous exposerons notre point de vue.

SECTION I.

**Théories aboutissant à une transformation
de la nature du contrat principal
sous l'influence d'une stipulation d'arrhes.**

La clause de versement d'arrhes ne change-t-elle pas la nature du contrat ? Certains auteurs l'ont soutenu et le soutiennent encore. Prenons par exemple une vente : elle est parfaite (*perfecta*, c'est-à-dire consommée) dès l'échange des consentements. En même temps, le vendeur reçoit des arrhes de l'acheteur : ce versement signifie que la vente pourra disparaître à la demande de chacun d'eux. Ces deux dispositions semblent contradictoires : puisque la vente est parfaite, comment va-t-elle pouvoir disparaître par une manifestation unilatérale de volonté ? C'est que — répondent ces auteurs — dès le moment où un versement d'arrhes intervient, le contrat principal, vente, louage, échange, etc., cesse d'exister comme tel, sa nature est modifiée. Pour les uns, le contrat est réduit à une simple promesse : il y a d'abord un avant-contrat aux termes duquel chacun des contractants est obligé d'acheter ou de vendre sous peine de perdre le montant des arrhes et ensuite, dans le cas où aucun d'eux ne se dédit, il y a conclusion du contrat principal, de la vente dans l'hypothèse.

D'autres ont tout naturellement pensé à la théorie de la condition. Les arrhes auraient pour effet de transformer un contrat pur et simple en un contrat conditionnel.

Examinons ces deux opinions.

Pour la commodité de l'exposé, nous raisonnerons sur le contrat de vente parce que le Code s'est borné à ce contrat, étant bien entendu que ce raisonnement vaudra pour tout autre contrat, les arrhes, ainsi que nous l'avons

déjà dit, étant susceptible d'application à tous les contrats.

§ 1. — *Système de l'avant-contrat.*

A. EXPOSÉ DU SYSTÈME.

Ce système est né, d'une part, de l'emploi par le Code dans l'article 1590 des mots « promesse de vente » et, d'autre part, du fait que les arrhes apparaissent comme une liquidation conventionnelle des dommages-intérêts, ce qui indique nettement la volonté des parties d'écarter la possibilité d'une exécution forcée : on est tout naturellement amené à dire que la stipulation d'arrhes a changé la nature de la vente, qu'elle a substitué à une vente pure et simple un contrat provisoire.

Ce système semble ainsi justifier la dénomination de promesse de vente employée par l'article 1590 du Code : les rédacteurs n'auraient pas distingué le cas où la convention dénommée par les parties Promesse de vente constituait vraiment un contrat à part (art. 1590) de celui où elle n'était qu'une vente ordinaire arbitrairement rangée sous une autre appellation (art. 1589) : ils auraient ainsi passé la vente avec arrhes parce que, dans leur idée, du moment qu'il y a stipulation d'arrhes, il n'y a plus vente pure et simple, mais seulement promesse de vente.

Tel paraît être le sens des déclarations faites par le tribun Grenier au Corps législatif (1) : « La promesse « de vente renferme la vente et en a tous les effets quoi- « que sous une dénomination différente. Il est bien « entendu que la validité de la promesse de vente, qui « ne peut avoir plus de faveur que la vente à laquelle « elle est parfaitement assimilée est soumise aux mêmes « conditions que celles de la vente... Il a, cependant,

(1) FENET, t. 14, pp. 181 et 189.

« paru sage d'établir une exception à cette règle pour
 « une espèce de promesse de vente qui n'est guère
 « usitée que pour les denrées et marchandises. C'est
 « celle qui est faite avec arrhes.

.....

« Les idées n'étaient point fixes à ce sujet et les
 « usages variaient. Il ne pourra plus à l'avenir y avoir
 « de difficultés. La délivrance et la réception des arrhes
 « détermineront le caractère et l'effet de l'engagement,
 « en le réduisant à une simple promesse de vendre dont
 « on pourra se désister sous les conditions établies dans
 « l'article. »

Ce système fut préconisé par Troplong⁽²⁾, dont on connaît l'opposition irréductible à l'extension de l'article 1590 aux contrats parfaits. L'auteur déclarait cependant que des arrhes ajoutées à un tel contrat n'étaient pas forcément un acompte ou une preuve, elles pouvaient être un dédit, mais alors cela prouvait que la vente n'était pas en réalité parfaite, mais qu'elle était une simple promesse. « Je crois même, avec M. Delvincourt, que dans le doute si la vente existe ou n'existe pas, il est plus rationnel de se décider pour l'opinion qu'il n'y a qu'un simple projet de vente. En effet, on peut dire d'un côté, que les parties n'ayant pas constaté leur engagement par écrit, il y a lieu de présumer qu'il n'y a rien eu de définitif, et que s'il a été donné des arrhes, c'est précisément dans la vue de hâter une conclusion. On peut ajouter, d'autre part, que c'est moins aux actes parfaits que viennent s'ajouter les stipulations d'arrhes qu'aux simples promesses ou qu'aux conventions qui attendent un complément. La preuve en est dans l'article 1590 du Code civil qui parle des arrhes à propos de promesses de vente, mais qui n'en dit rien en tant qu'accessoires des ventes parfaites. Or, comme les présomptions s'induisent *ex eo quod frequentius sit*, on doit conclure que, dans le

(2) *Op. cit.*, t. I, n° 140 et 145.

« doute, on doit plutôt supposer une simple promesse
« qu'une vente parfaite. » (N° 141.)

Duvergier⁽³⁾, invoquant le texte du tribun Grenier, a soutenu, lui aussi, que les arrhes ajoutées à une vente parfaite réduisaient ce contrat à une simple promesse dont on pouvait se dédire. « J'avoue, disait-il, que lorsque tous les actes d'exécution que la délivrance des arrhes avait pour but d'assurer sont accomplis, le contrat étant non seulement parfait, mais complètement exécuté, personne ne peut plus songer à s'en départir. » Donc, jusque là, il y avait une simple promesse et non un contrat ferme.

Cette théorie fut critiquée par Marcadé⁽⁴⁾ qui prétendait que Troplong et Duvergier avaient mal interprété le texte du tribun Grenier. Ce dernier a dit, en effet : « Les arrhes détermineront le caractère et l'effet
« de l'engagement, en le réduisant à une simple promesse de vendre dont on pourra se désister... »⁽⁵⁾.

Or, dit Marcadé, Troplong et Duvergier ont commis une faute de ponctuation : ils ont mis une virgule après les mots promesse de vendre, ce qui les conduit à penser que les arrhes permettront de se désister non de l'engagement, mais de la promesse de vente, et à conclure que les arrhes ajoutées à la vente ont pour effet de la transformer en une simple promesse.

La virgule doit être mise après engagement, l'idée étant que les arrhes réduisent une promesse de vendre qui, sans elles, serait irrévocable (article 1589) à une promesse de vendre dont on pourra se désister.

Cette interprétation est très satisfaisante car elle permet de mesurer le sens et la portée exacts des discours du tribun Grenier. Ce dernier venait, en effet, d'exposer la promesse de vente en général, il est donc

(3) *Op. cit.*, t. 16, n° 135, en note.

(4) Explication théorique et pratique du Code civil, 8° édition, 1894, t. VI. Article 1590, p. 179 et suivantes.

(5) FENET, t. XIV, p. 189.

indispensable, comme le fait Marcadé, d'interpréter l'article 1590 en fonction de l'article 1589.

Malheureusement Marcadé n'a pas poursuivi sa démonstration; il a confondu la question de savoir quelle est l'influence des arrhes sur le contrat principal et celle que nous avons déjà examinée et résolue, si l'article 1590 devait être limité aux seules promesses de vente ou étendu à la vente parfaite.

Avant de critiquer cete théorie, remarquons qu'elle a été préconisée par Aubry et Rau⁽⁶⁾, ce qui lui a donné une singulière autorité. « La remise et la réception d'arrhes — disent ces auteurs — réduisent en pareil cas le contrat à une simple promesse de vendre ou de louer dont on peut se départir. »

B. CRITIQUE.

Nous adresserons deux critiques à ce système : d'abord nous tenterons d'expliquer la rédaction de l'article 1590 : si nous y parvenons, nous aurons ainsi détruit l'argument de texte sur lequel le système s'appuie; ensuite, nous nous attaquerons à la notion même d'avant-contrat.

Nous avons déjà critiqué la rédaction de l'article 1590 du Code civil (cf. *supra*, pages 86 et suivantes), mais il résulte des travaux préparatoires que l'attention des rédacteurs avait été attirée sur l'analogie entre la vente avec arrhes et la promesse de vente résultant du caractère provisoire qui leur est commun par des observations du Tribunal d'appel de Lyon⁽⁷⁾. « C'est, disaient
« les membres de ce tribunal, une maxime constante du
« droit français consacrée par la jurisprudence que la
« promesse de vente n'est pas une vente et n'oblige qu'à
« des dommages-intérêts. En ce cas, les uns et les autres
« ont prévu que le contrat pourrait ne pas être exécuté;
« ils ont voulu ne s'assujettir qu'à des dommages : ils se
« sont contentés de pouvoir les exiger; s'ils eussent voulu

(6) *Op. cit.*, t. V, § 349, n° 36.

(7) FENET, t. 4, p. 181.

« un contrat irrévocable, ils auraient dressé un acte de « vente formel; ils ne se seraient pas contenté d'une « promesse. » Et ce tribunal proposait en conséquence de rédiger les articles sur la promesse de vente de la façon suivante : « La promesse de vente ne vaut pas « vente; chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui s'en départit est condamné à des dommages-intérêts. S'il y a eu des arrhes données, elles « détermineront les dommages : à défaut les dommages-intérêts sont fixés par le Tribunal compétent ».

Cette conception a été rejetée. Par conséquent, dans le système du Code civil, l'emploi des mots : « Promesse de vente » ne suffit pas à fonder la présomption que chacune des parties a entendu se réserver le droit de ne pas conclure la vente définitive moyennant l'abandon des arrhes, qu'en d'autres termes la conclusion du contrat définitif soit l'exécution d'un avant-contrat.

Seule, la réduction de l'article 1590 a été influencée par les observations du Tribunal de Lyon, l'idée n'y est pas.

D'autre part, la vente avec arrhes n'est pas une simple promesse, un avant contrat est juridiquement impossible dans ce cas.

Un avant contrat est, en effet, un contrat préparatoire à un autre contrat et qui a sa raison d'être dans l'intention commune des parties d'assurer à l'une une situation privilégiée, en lui permettant d'exiger dans l'avenir la conclusion d'un contrat déterminé sans cependant l'y jamais obliger et sans jamais lui imposer de risques dans le présent. La seule distinction entre le contrat définitif et l'avant-contrat résulte donc de ce que dans l'avant-contrat, une seule des parties a souscrit sans réserves les obligations qui lui incombent, l'autre n'ayant pas encore consenti aux obligations réciproques que la conclusion du contrat définitif fera naître à sa charge⁽⁸⁾.

Le caractère primordial de l'avant-contrat est d'être

(8) Cf. LEDUC, Des avant-contrats (*Thèse, Paris, 1909*).

« unilatéral », le type même de l'avant contrat est la promesse unilatérale de vente, contrat aux termes duquel une des parties, le promettant, s'engage à vendre à l'autre partie, le bénéficiaire, dans le cas où celui-ci accepterait d'acheter. Seul le promettant est tenu, le bénéficiaire ne se trouvera obligé que lorsqu'il aura accepté, lorsqu'il lèvera l'option. Ce n'est d'ailleurs qu'à ce moment que la vente se conclura, conséquence de la promesse.

Or, dans notre cas, en admettant que la vente soit réduite à une simple promesse, quelle serait la nature de cette promesse? Elle ne serait certes pas unilatérale, car, d'une part, les parties sont d'accord, l'une pour vendre, l'autre pour acheter, d'autre part, la vente est parfaite dès le début, avec tout son cortège de conséquences : transfert de la propriété, des risques à la charge de l'acheteur. droit au prix... Cette promesse ne pourrait donc être que synallagmatique, il n'y aurait donc plus avant contrat puisque cette promesse est assimilée à la vente (art. 1589).

Il est vrai qu'on a soutenu ⁽⁹⁾ que la vente avec arrhes serait le seul cas d'un avant contrat synallagmatique. Au lieu de s'obliger sans retour à la conclusion du contrat définitif, chacune des parties a entendu se réserver le droit d'empêcher cette conclusion moyennant paiement de dommages-intérêts. Le principe de l'exécution forcée est écarté : l'avant-contrat apparaît alors comme un moyen de se réserver un temps supplémentaire de réflexion, après conclusion d'un engagement dont le caractère sérieux est garanti par les dommages et intérêts prévus.

Qu'un pareil contrat soit valable cela n'est pas douteux en présence des termes formels de l'article 1590; mais est-ce un avant-contrat ?

Il ne semble pas, car les parties ont généralement convenu d'un jour où le contrat devra être exécuté; si aucun délai n'a été prévu nous verrons que l'une des

(9) LEDUC, *op. cit.*, p. 159.

parties pourra mettre l'autre en demeure de s'exécuter pour que la faculté de dédit ne puisse plus être exercée. Donc, à l'expiration du délai, si aucune d'elles n'invoque cette faculté, la vente deviendra définitive. Mais il n'y aura pour cela nouveau contrat conclu : il y a simplement désormais impossibilité de faire disparaître le contrat par voie unilatérale; dès le début, la vente était conclue et les effets de la vente se sont produits; il ne saurait donc être question d'avant-contrat.

En résumé, dès la conclusion du contrat avec arrhes, il ya eu contrat définitif et non pas simple avant-contrat. Malgré le droit de retrait des parties, il y a déjà eu de leur part un engagement sérieux : le consentement donné ne peut-être arbitrairement repris puisque le dédit entraîne pour son auteur une perte sèche.

§ 2. *Système du contrat conditionnel.*

Le caractère précaire que la dation d'arrhes confère momentanément au contrat s'expliquerait pour certains auteurs de la façon suivante : la stipulation d'arrhes change la nature du contrat; celui-ci était un contrat ferme, pur et simple, dont l'existence était bien établie; le versement d'arrhes transforme ce contrat en contrat conditionnel. Deux courants se sont d'ailleurs fait jour dans ce système, examinons-les successivement.

A. LE CONTRAT AVEC ARRHES

CONTRAT SOUS CONDITION SUSPENSIVE.

C'est la solution qui a été soutenue par Duvergier⁽¹⁰⁾, Troplong⁽¹¹⁾, Baudry Lacantinerie⁽¹²⁾ et qui l'est encore par M. Capitant⁽¹³⁾ et M. le Doyen Josserand⁽¹⁵⁾.

(10) *Op. cit.*, t. I, n° 140.

(11) *Op. cit.*, t. I, n° 135.

(12) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, De la vente, n° 80.

(13) *Op. cit.*, t. II, p. 432.

(14) *Op. cit.*, 1930, t. II, § 1068.

Le contrat avec arrhes serait une opération sous condition suspensive négative : le contrat ne se formera que si la faculté de dédit résultant du versement d'arrhes n'est pas exercée, que si chaque partie renonce à se retirer. En d'autres termes, les arrhes affecteraient le consentement même des contractants, leur remise le tiendrait en suspens jusqu'à l'expiration du délai pour exercer cette faculté; puisque chaque contractant peut se retirer, cela prouve que son engagement n'était pas définitif, la phase précontractuelle se prolonge jusqu'au jour où la condition ne pourra plus se réaliser et, grâce à la rétroactivité de la condition, le contrat sera réputé conclu du jour du versement des arrhes. « Chacune des parties s'est réservée le droit de se départir de la promesse, c'est-à-dire de retirer son consentement et d'être censé ne l'avoir pas donné. Si elles ne le retirent pas en temps utile, il reste donné depuis le jour de la convention, et celle-ci produit ses effets depuis ce jour-là; mais s'il est retiré, la convention n'a jamais été formée. En d'autres termes, la promesse de vente accompagnée d'une dation d'arrhes est subordonnée à une condition suspensive négative...

« Il n'y a de définitif que la promesse par chacune des parties de perdre les arrhes si elle se dédit. » Et Baudry Lacantinerie et Saignat⁽¹⁵⁾ soulignent les conséquences de ce point de vue : *pendente conditione*, la propriété n'est pas transférée, les droits de mutations ne sont pas exigibles et les risques restent à la charge de celui qui a promis de vendre.

Une arrêt de la Cour de Paris, du 14 mars 1929⁽¹⁶⁾ soutient le même point de vue déclarant que « le versement d'arrhes... a donné à la vente le caractère de vente sous condition suspensive ».

Cette doctrine nous semble erronée, car elle ne tient pas compte des réalités. Il est inexact de dire que le consentement est tenu en suspens; le contrat est formé

(15) *Op. cit.*, n° 80.

(16) Arrêt précité, *Gaz. Trib.*, 1929, II-2-199. et la note.

dès le jour de sa conclusion, au moment où les arrhes sont remises; si le dédit est exercé, le contrat disparaîtra; certes, la rétroactivité jouera et il sera censé n'avoir jamais existé, mais tout ceci n'est que fiction, car des faits se sont produits qui ne pourront être effacés : transmission de la propriété, des risques, etc... La conclusion du contrat n'est pas suspendue à l'expiration du délai qui entraînera la forclusion de chacune des parties du droit de se dédire; les parties se sont engagées mais se sont en même temps réservées le droit de se dégager, sous certaines conditions. On se demande, si le consentement des contractants n'est pas définitif dès le jour où les arrhes sont versées, pourquoi ils l'ont donné, et pourquoi ils n'ont pas attendu un peu plus longtemps. En réalité, le contrat existe, seul son sort est incertain.

B. LE CONTRAT AVEC ARRHES

CONTRAT SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE.

Si le contrat existe du jour où les arrhes sont versées n'est-ce pas qu'il est sous condition résolutoire et qu'il disparaîtra le jour où l'un des contractants se retirera ?

Ce courant représenté par Guillouard⁽¹⁷⁾, Colmet de Santerre⁽¹⁸⁾, soutenu de nos jours dans le traité de MM. Planiol et Ripert⁽¹⁹⁾ et dans le Grand Traité des obligations de M. Demogue⁽²⁰⁾ semble plus logique et plus près des faits. Il nous paraît néanmoins inexact pour des raisons inhérentes à la nature de la condition, sans nous attarder d'ailleurs à l'impossibilité d'effacer par la rétroactivité de la condition la transmission de la propriété et la charge des risques qui seront passés à l'acheteur.

La première critique qui vient à l'esprit est de dire qu'il s'agit en l'espèce d'une obligation sous condition

(17) *Op. cit.*, t. I, n° 23.

(18) *Op. cit.*, t. 7, n° 11 *bis*, IX et X, p. 26 et suivantes.

(19) PLANIOL, RIPERT et HAMEL, t. X, n° 208.

(20) Traité des obligations, t. VI, n° 448 et suivants.

purement potestative, de la part de celui qui s'oblige et qu'à ce titre, elle est nulle. Cette manière de voir est superficielle car l'acte de volonté, par lequel l'un des contractants se retirera du contrat, s'accompagnera pour lui de la perte des arrhes. Il ne suffira pas qu'il dise « je veux », il faudra qu'il abandonne les arrhes. Il ne s'agirait donc tout au plus que d'une condition simplement potestative, ce qui ne toucherait en rien à la validité de l'opération. C'est au surplus l'opinion de la Cour de cassation, émise à propos de la nature des marchés avec prime. « La faculté de donner suite au marché ou d'y renoncer — dit la Chambre des Requêtes le 21 janvier 1878 ⁽²¹⁾ — ne constitue pas une condition potestative s'il y a paiement d'une prime. »

La critique à faire est la suivante : elle est motivée par une des conséquences pratiques qu'entraîne ce système : la condition, événement futur et incertain, laisse place au hasard et ne tient aucun compte de la culpabilité des contractants; si l'exécution du contrat devient impossible la condition ne s'en réalisera pas moins et par voie de conséquence le contrat étant résolu, les arrhes seront perdues. Or nous verrons que les arrhes ne sont effectivement perdues que si l'inexécution est fautive, c'est-à-dire si elle est le fait d'une des parties; si l'exécution devient impossible par suite de force majeure par exemple, les contractants sont libérés et les arrhes rendues au simple. Il y a une sorte d'incompatibilité entre la condition et la faculté de délit résultant d'une dation d'arrhes.

La jurisprudence ne s'est pas prononcée ouvertement sur ce point. L'arrêt de principe de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927 est passé à côté de la question et l'arrêt de la Cour d'Aix contre lequel le pourvoi avait été formé a évité de prendre parti disant « ... que l'on considère la convention comme une simple promesse

(21) S. 1878-1-269, D. P. 1878-1-161.

de vente ou comme une vente parfaite sous condition résolutoire » (22).

Notre conclusion c'est que la stipulation d'arrhes n'a aucune influence sur la nature même du contrat auquel elle est adjointe; celui-ci n'est pas transformé, il conserve son originalité première. Dès le jour de sa conclusion le contrat est parfait, son sort est incertain mais il existe et il produit ses effets habituels, transmission de propriété et des risques; ce contrat ne voit pas sa conclusion ou sa disparition suspendue à l'arrivée d'un événement futur et incertain, cet avènement est prévu par les parties au moment où elles s'engagent et il ne dépend que d'elles qu'il se réalise.

La clause d'arrhes n'a pas plus d'influence sur la nature du contrat dont elle sanctionne l'inexécution que n'en a une clause pénale ou une clause de délit proprement dit. Elle n'a d'influence que sur les effets, sur les obligations qui découlent du contrat, sur l'exécution de ce contrat.

SECTION II.

Théories faisant de l'obligation avec arrhes une obligation pure et simple

Nous venons de constater que les systèmes soutenant l'influence du versement d'arrhes sur la nature du contrat principal n'étaient pas viables, les éléments du contrat ne sont pas modifiés par ce versement, le contrat reste tel qu'il a été conclu.

Recherchons donc si l'obligation avec arrhes n'est pas une application d'un type d'obligation déjà existant. On

(22) M. Capitant cite (p. 432) cet arrêt de la Chambre des Requêtes à l'appui de sa thèse; nous n'apercevons pas sur quoi cette affirmation est basée. La Cour de cassation a glissé sur ce point.

peut en effet se demander si les arrhes ne constituent pas seulement une réparation éventuelle du préjudice résultant de l'inexécution du contrat ou une garantie mutuelle de son exécution par la menace d'en perdre le montant. En d'autres termes n'est-ce pas une évaluation conventionnelle de dommages-intérêts ou un procédé comminatoire pour forcer à l'exécution ? Mais ces caractères de peine et de réparation sont ceux même de notre clause pénale et la question se pose immédiatement de savoir en quoi celle-ci se distingue des arrhes ? si, a priori, il semble que clause pénale et arrhes soient deux choses différentes, une comparaison ne s'en impose pas moins.

Au surplus, le fait même que la disparition du contrat est suspendue à un simple acte de volonté des contractants n'implique-t-il pas qu'il existe pour chacun d'eux un choix, une alternative entre deux solutions ? L'obligation avec arrhes diffère-t-elle d'une obligation alternative ou n'en est-elle qu'une application ?

Enfin, il existe dans notre Droit un type d'obligation dont, à première vue, l'obligation avec arrhes semble se rapprocher ; nous voulons parler de l'obligation facultative.

Dans tous les cas, c'est la même question qui se pose de savoir si l'obligation avec arrhes n'est pas une espèce d'obligation appartenant à un genre qui serait soit l'obligation avec clause pénale, soit l'obligation alternative, soit l'obligation facultative.

§ 1. *Arrhes et Clause pénale.*

La clause pénale peut être définie « une promesse conventionnelle parfaite pour le cas d'inexécution du contrat » (23). L'une des parties à un contrat stipule de l'autre qu'en cas d'inexécution des obligations qui dé-

(23) Définition donnée par M. le Professeur NIBOYET à son cours de Droit civil comparé : « Les obligations en Droit français et en droit suisse », 1932-1933.

coulent pour elle de la conclusion de ce contrat, une certaine somme lui sera due. C'est une garantie pour le créancier.

Cette clause pénale revêt à la fois le caractère d'une peine, d'une menace pour forcer le débiteur à s'exécuter et celui de dommages-intérêts, de réparation du préjudice causé par l'inexécution.

L'emploi de cette clause est très fréquent et la jurisprudence nous fournit de nombreux exemples.

Ainsi un contrat d'apprentissage est conclu entre un patron et un apprenti. Il est stipulé qu'une peine sera due au patron dans le cas où l'apprenti le quitterait sans motif valable ⁽²⁴⁾.

De même c'est un employé de banque qui s'engage après résiliation de son contrat à ne pas travailler pendant cinq ans dans une autre banque se trouvant dans un rayon de 40 km. de Chartres. Une clause est ajoutée aux termes de laquelle la violation de cet engagement sera sanctionné par le paiement d'une somme de 12.000 francs correspondant à une année d'appointements ⁽²⁵⁾.

Sans nous étendre plus longuement sur la clause pénale on peut se demander si le dédit n'est pas de même nature que la clause pénale.

En effet, l'apprenti qui quitte son patron (ou l'employé qui trouve un emploi à proximité de son ancienne banque) se dédit en quelque sorte de son engagement et la peine qui est stipulée semble être le montant de son dédit.

Dès lors l'obligation avec arrhes n'est-elle pas tout simplement une obligation avec clause pénale ?

L'assimilation de ces deux obligations est toute superficielle; il existe entre le dédit et la clause pénale, d'assez nombreuses différences qui découlent d'une opposition de principe.

(24) Req., 15 avril 1929, S. 1929-1-231.

(25) Paris, 18 décembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931, p. 95; en même sens, Civ., 6 déc. 1932, *D. H.* 1933, p. 152.

En effet, lorsque des contractants se versent des arrhes ou conviennent d'une certaine somme à titre de dédit, si le dédit est exercé, le contrat disparaît, aucun lien n'existe plus entre les parties, les arrhes ou le dédit viennent réparer le préjudice subi par l'une d'elles du fait de la disparition de ce contrat.

Au contraire, dans un contrat avec clause pénale lorsque celui contre qui elle est stipulée refuse d'exécuter son obligation, la peine devient exigible mais le contrat n'en subsiste pas moins, il ne disparaît pas. La clause pénale ne joue pas un rôle novatoire par rapport à la convention intervenue. Le paiement de la peine constitue l'exécution même du contrat, exécution en équivalent à la place de l'exécution en nature qui était prévue et que la clause tendait à assurer. La jurisprudence est constante en ce sens.

A propos d'un contrat entre un voyageur de commerce et son patron, dans lequel une clause pénale de 20.000 francs était stipulée sanctionnant l'interdiction pour le voyageur de contracter avec un autre patron dans les cinq ans, suivant son départ, la Cour d'Aix a déclaré : « La clause pénale a un caractère accessoire et n'en laisse pas moins subsister l'obligation principale ⁽²⁶⁾. »

L'opposition entre la clause pénale et le dédit est donc complète et irréductible; la première tend à assurer l'exécution du contrat, l'autre vise sa disparition.

De cette opposition découle des conséquences touchant l'étendue de la réparation, le degré de garantie et l'intangibilité de la réparation, qui sont autant de différences entre ces deux clauses.

A) Au point de vue de l'étendue de la réparation, les arrhes ou la somme remise à titre de dédit représentent les dommages intérêts destinés à compenser le préjudice résultant, pour celles des parties qui ne s'est

(26) Aix, 31 mai 1922, S. 1922-2-64. En même sens : Civ., 29 juin 1925, S. 1925-1-168; Req., 8 juillet 1873 (*ibid.*) et plus loin Civ., 2 décembre 1856, S. 1857-1-356, D. P. 1857-1-443.

pas prévalu de la faculté de dédit, de l'exercice de celle-ci par l'autre partie. Cette somme l'indemniserait des démarches, des déplacements qu'elle aura pu faire, du temps perdu, des occasions manquées, etc...

En somme les parties ont prévu la disparition du contrat à la demande de l'une d'elles et elles ont évalué à l'avance les dommages-intérêts qui seront dûs. Il est de toute justice que celui qui trouvera un avantage à sortir du contrat indemnise l'autre partie du préjudice qu'il lui cause.

La clause pénale, au contraire, tendant à garantir l'exécution en nature de l'obligation du débiteur est bien souvent sans rapport avec le préjudice causé. Elle se présente comme une pression faite sur le débiteur, comme une menace d'une perte quelquefois considérable, ce qui explique qu'on ait pu la parer du nom d'astreinte conventionnelle. Il est certain que lorsque le directeur d'un théâtre stipule dans le contrat d'engagement d'un artiste qu'au cas où celui-ci viendrait à le quitter pour jouer sur une autre scène, il devrait lui payer une somme considérable, c'est dans le but de forcer l'artiste à s'exécuter en nature, c'est-à-dire à jouer exclusivement sur telle scène. La somme prévue à titre de peine est destinée à faire pression sur l'artiste car au cas de rupture elle compenserait — et au delà — le préjudice subi par le directeur ⁽²⁷⁾.

Il peut se faire, d'ailleurs, que la clause pénale ne revête pas le caractère de peine mais seulement d'exécu-

(27) Ainsi les clowns Fratellini avaient promis au Directeur du Cirque Médrano que pendant trois ans ils ne se montreraient au public parisien que dans son cirque et il était convenu qu'en cas de rupture la partie en faute verserait à l'autre les appointements d'une saison. Les Fratellini exécutèrent correctement le contrat pendant deux années et le rompirent la troisième, en s'engageant au Cirque d'Hiver. Le Directeur du Cirque Médrano toucha une année d'appointements. Or, du fait du départ des célèbres clowns, cet établissement fit certainement moins d'affaires, mais ne ferma pas. La somme due n'était qu'un moyen comminatoire, mais non des dommages-intérêts. Cf. Paris, 24 mai 1922, *Gaz. Trib.*, 1930-31-2-29.

tion en équivalent. Le créancier est désintéressé en espèces au lieu de l'être en nature. La clause pénale apparaît alors comme un mode d'exécution du contrat. Mais même dans ce cas, il n'y a aucun point commun avec le dédit. Celui-ci est destiné à compenser le dommage qu'entraîne la disparition du contrat, c'est une indemnité, la clause pénale joue le rôle d'équivalent et compense seulement le préjudice résultant de la substitution de l'exécution en équivalent à l'exécution en nature.

Il est courant de dire que la nature de la clause pénale n'est pas fixe, qu'elle revêt à la fois le caractère de peine et de réparation, de sanction et de dommages-intérêts avec prédominance de l'un ou l'autre de ces deux caractères suivant les cas.

Nous croyons que c'est là vraiment qu'est l'opposition entre dédit et clause pénale, celui-ci étant plutôt une sanction, celle-là une réparation. La confusion vient de ce qu'il y a une sorte d'interpénétration entre la sanction et la réparation, qu'on ne peut envisager l'une sans l'autre; ce sont les deux faces d'un même principe, la sanction ne devenant effective que par le versement d'une certaine somme d'argent, la réparation n'étant que l'exécution d'une somme devenue exigible à la suite d'une faute qui a engendré un dommage, faute qui est sanctionnée également par le versement d'une certaine somme d'argent. L'expression dommages-intérêts exprime d'ailleurs autant la réparation que la sanction.

Or, en serrant de près nos deux clauses, il semble que le dédit soit plus une sanction qu'une réparation. C'est une pénalité infligée à celui des contractants qui sort du contrat, la sanction pour n'avoir pas donné suite au contrat. Certes, l'expression matérielle, le paiement du dédit vient rétablir l'équilibre entre les deux parties et à ce titre il participe de la réparation, mais c'est l'aspect accessoire, la conséquence, la cause de ce versement étant à notre sens l'usage qui a été fait de la faculté de dédit et c'est cela qui est sanctionné.

A l'appui de notre thèse, nous pouvons invoquer le

fait que le dédit n'est dû que lorsque l'inexécution est le fait du débiteur, lui est imputable, il n'est pas dû si elle provient d'un cas fortuit ou de force majeure⁽²⁸⁾ ce qui prouve que l'on envisage moins de remédier aux conséquences qu'entraîne pour le créancier l'inexécution que de sanctionner l'attitude du débiteur.

Au contraire, avec la clause pénale, l'idée de sanction s'efface un peu ou tout au moins l'idée de réparation apparaît sur le même plan. En effet, cette clause a pour but d'obliger, de forcer le débiteur à s'exécuter mais, quel que soit le parti qu'il adopte, exécution ou paiement de la clause, le contrat subsiste, le créancier est désintéressé. La clause pénale n'est due également que si l'inexécution est imputable au débiteur, mais c'est une arme réservée seulement au créancier.

La clause pénale est à la fois une sanction et une réparation, le dédit est surtout une sanction.

B) La clause pénale et la faculté de dédit s'opposent également en ce qui concerne la garantie qu'elles confèrent l'une et l'autre à celui ou à ceux qui peuvent s'en prévaloir.

La clause pénale est stipulée dans l'intérêt du créancier, c'est une garantie qu'il se réserve. Mais libre à lui de ne pas en profiter, il peut très bien y renoncer et poursuivre l'exécution principale du contrat avec tous les moyens de droit qui s'offrent à lui. Ceci résulte expressément de l'article 1028 du Code civil qui porte : « Le créancier au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

Si le contrat est synallagmatique, il pourra en demander la résolution conformément à l'article 1184 du Code civil, ce qui prouve bien que l'exigibilité de la clause n'a pas fait disparaître le contrat.

La Cour de Cassation a admis ce choix du créancier entre les moyens de droit ordinaires ou la garantie supplémentaire qu'il s'est réservée et il arrive que le

(28) Voir *infra*, p. 220.

créancier ait plus d'intérêt à demander la résolution du contrat qu'à envisager le paiement de la clause ; ainsi dans un contrat de rente viagère le crédi-rentier a eu intérêt à demander la résiliation du contrat par suite de non paiement du débirentier car, dans ce cas, ce dernier a dû rembourser tout le capital, ce qui était bien supérieur au montant de la clause pénale prévue ⁽²⁹⁾ (art. 1977, Code civil).

Mais cette clause existe uniquement au profit du créancier et non contre lui, c'est-à-dire que le débiteur devra payer la peine si le créancier l'exige et que lui, débiteur, n'a aucun choix à faire ; il ne pourrait pas, par exemple, demander à être condamné à des dommages-intérêts plutôt qu'au paiement de la peine.

En face d'un débiteur qui refuse de s'exécuter en vertu d'une clause de dédit ou d'un versement d'arrhes, quelle est la situation du créancier de l'obligation ? A-t-il un choix à exercer ? Certainement pas, puisque le contrat disparaît c'est l'accomplissement d'une éventualité envisagée par les contractants, le créancier se trouve devant un fait prévu et ne peut pas exiger du débiteur l'exécution de son obligation. Bien plus, c'est à celui qui peut se dédire — aux deux contractants si la faculté est réciproque — qu'un choix est permis : ou rester dans le contrat et s'exécuter, ou en sortir mais payer.

C) Enfin, l'intangibilité de la réparation achève de creuser le fossé entre ces deux garanties. Elles présentent toutes deux l'intérêt d'écarter l'intervention de la justice, de réserver aux parties le soin d'évaluer leurs dommages et de les réparer, de tarir ainsi une source de procès.

Mais s'il s'agit de clause pénale, le juge reprend ses attributions lorsque l'obligation a été exécutée seulement partiellement, l'article 1231 prévoit expressément que le juge pourra modifier la clause pénale, c'est-à-dire en définitive en réduire le montant. Puisque le créancier

(29) Cf. Arrêt précité, 2 déc. 1856. Cf. également : Civ., 29 juin 1925. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.*, t. II, n° 1347; HUC, *op. cit.*, t. VII, n° 372.

a reçu un commencement de satisfaction, il est de toute équité que la somme exigée du débiteur soit moindre. Le créancier dont le débiteur satisfait à une partie de ses obligations est moins à plaindre que celui qui se heurte à l'inaction totale de son débiteur, celui-ci a fait preuve de certains scrupules dont il peut lui être tenu compte. Et la jurisprudence a bien souvent réduit des clauses pénales qui, dans ces conditions, étaient devenues léonines.

Au contraire, l'exécution partielle est en principe sans effet sur la somme due à titre de dédit. Certes, en l'absence de tout délai prévu, une telle exécution pourra être interprétée comme une renonciation à la faculté de se dédire, mais ceci n'empêche pas que, en principe, le juge qui peut réduire la clause pénale ne peut appliquer la même mesure au dédit.

Cette différence ressort fort bien d'un arrêt de la Cour d'appel d'Indo-Chine, du 12 août 1910⁽³⁰⁾. Il s'agissait d'un contrat de louage de services dans lequel figurait la clause suivante : « Dans le cas où X... viendrait à quitter l'Union commerciale Indo-chinoise pour toute autre cause que celle de maladie grave, il devrait payer à cette Société un dédit de 10.000 £, sans préjudice de tous autres dommages-intérêts; dans le cas de renvoi, l'Union commerciale serait tenue à la même indemnité. » En fait, X... fut congédié et réclamait ladite somme; l'Union commerciale soutenait qu'il y avait eu de sa part exécution partielle du contrat et demandait en conséquence la réduction de l'indemnité prévue.

Transcrivons les attendus du jugement de la Cour d'appel qui illustrent tout ce que nous venons de dire sur la clause pénale et le dédit :

(30) D. P. 1912-2-916, affaire Union commerciale Indo-Chinoise contre Luong-Yoo-Yune. Voir, en sens contraire, un arrêt de Colmar du 27 oct. 1931 (*Revue Alsace-Lorraine*, 1932, p. 100) qui déclare que le montant d'un dédit lors même qu'il est en disproportion manifeste avec le préjudice effectivement subi ne peut être modifié par le juge lorsque l'obligation principale n'a pas été exécutée en partie, mais dans ce cas il s'agit alors d'une clause pénale et non d'un dédit.

« Attendu que cette stipulation accessoire avait pour but moins d'assurer l'exécution de la convention principale (1226), que de fournir aux parties le moyen de s'en dégager en payant la somme convenue à titre de dédit... (Différence de principe).

« ... Qu'après son licenciement sans motif de la Société, X... n'aurait pu, au lieu de lui demander la peine stipulée, poursuivre contre elle l'exécution de son obligation principale (1228).

« ... Que n'étant pas la compensation des dommages-intérêts soufferts (1229), cette stipulation doit avoir son plein et entier effet, alors même que X... n'aurait subi aucun préjudice.

« ... Que la dite stipulation ne saurait être modifiée, alors même que l'obligation principale a été exécutée en partie (1231).

« Attendu qu'une telle stipulation de dommages-intérêts ne peut être confondue avec une clause pénale ordinaire, que seul l'article 1152 lui est applicable et non l'article 1321.

« Attendu que c'est là la démonstration péremptoire que dans l'esprit, sinon de ses commentateurs, du moins de ses auteurs, le Code civil a entendu formellement et expressément différencier la clause de dommages-intérêts prévue par son article 1152 d'avec la clause pénale de ses articles 1226 à 1236, puisque le juge ne peut rien changer à la première, tandis qu'il peut modifier la seconde en cas d'exécution partielle de l'obligation principale ».

Il ressort, en effet, de l'historique de l'article 1152, que seule l'évaluation conventionnelle de dommages-intérêts sous forme de clause pénale est susceptible d'être révisée par le juge en cas d'exécution partielle. Le projet primitif de l'article 1152 était ainsi conçu : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, quoique le dommage se trouve plus grand. Le juge peut, au contraire, modérer celle stipulée si elle excède évidemment le dommage effectif. » Après discussion devant le Conseil

d'Etat (16 brumaire, an 12), ce projet fut modifié de la façon suivante : « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Cette nouvelle rédaction fit l'objet d'observations et, en définitive de l'addition après les mots, « une certaine somme » de l'expression « à titre de dommages intérêts », ce qui indique nettement l'application de l'article et marque la différence entre la clause pénale qui peut être réduite et la clause de dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer. Cette solution est affirmée par un arrêt récent de la Cour de Rouen, du 30 décembre 1931 ⁽³¹⁾ ; la clause de dédit est « une convention faisant la loi des parties qui a précisément pour but d'éviter toute discussion sur les dommages-intérêts et d'écarter absolument tout examen de fait ».

Or, il est incontestable que l'article 1152 est applicable à la clause d'arrhes ou de dédit, celle-ci consistant en une évaluation conventionnelle des dommages-intérêts dûs au créancier en cas d'inexécution, c'est-à-dire de dédit du débiteur.

Il y a donc une opposition complète entre ces deux clauses, dont les aspects s'expliquent par une différence de principe, à savoir que la clause pénale vise à maintenir le contrat, tandis que le dédit tend à sa disparition.

Certains points communs existent néanmoins concernant, selon le cas, soit l'exigibilité de la clause ou du dédit, soit l'acquisition définitive ou l'abandon des arrhes.

C'est tout d'abord la nécessité de l'inexécution : les arrhes ne seront perdues ou la clause pénale due que si le débiteur refuse de s'exécuter ou entend user de la faculté qu'il s'était réservée ; mais cette inexécution, si elle est nécessaire est également suffisante, le créancier n'a pas à prouver de faute ni de préjudice : la simple

(31) Recueil des Arrêts de Rouen et de Caen, 1932-1-57, cité dans *Gaz. Pal.*, 1933, 1^{er} semestre, sommaire, p. 124.

constatation de l'inexécution par une mise en demeure rend exigibles clause pénale ou dédit.

Ensuite, c'est la nécessité de l'imputabilité au débiteur de cette inexécution; dédit ou clause pénale ne seront dûs que si le débiteur est responsable de l'inexécution, si celle-ci est son fait, si elle n'est pas due à un cas fortuit, de force majeure ou tout autre cas qui ne lui est pas imputable. Nous y reviendrons.

De plus, clause pénale et dédit apparaissent comme une fixation conventionnelle de dommages-intérêts : les parties ont évalué à l'avance le préjudice, elles en ont liquidé le montant en suspendant l'exigibilité à la réalisation de certaines conditions. Dès lors, la convention faisant la loi des parties, dans les deux cas, lorsque l'inexécution sera consommée, seule la somme prévue sera due, aucun dommage-intérêt en sus ne peut être réclamé.

L'article 1229 semble nous contredire, qui porte dans son alinéa 2, que le créancier « ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

Nous n'avons envisagé jusqu'ici que la clause pénale, visant à contraindre à l'exécution ou à défaut substituer une exécution en équivalent à l'exécution en nature, mais il peut se faire que le créancier ait simplement à redouter la négligence de son débiteur : aussi stipule-t-il contre lui une clause pénale pour le cas où il serait en retard. Seulement, dans ce cas, les dommages-intérêts représentés par la clause pénale, sont des dommages-moratoires et cette dernière n'a plus aucun rapport avec le dédit.

Le dernier caractère commun aux deux clauses est d'être accessoire à une obligation principale. La clause pénale, comme le versement d'arrhes ou la clause de dédit ayant pour but de sanctionner une obligation ne se conçoivent pas isolément, car elles n'auraient aucun sens, aucune signification. L'article 1227 n'est donc point limité à la clause pénale, nous avons déjà insisté sur ce point.

Une dernière question se pose; nous avons dit qu'en fait les arrhes pouvaient jouer le rôle de clause pénale (cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. I, sect. 3) que leur élévation aboutissait à supprimer pratiquement la faculté de dédit qu'elles impliquaient et à contraindre à l'exécution; le moment est venu de tenter d'expliquer cette situation de fait. Nous avons dit que la nature de la clause pénale comme celle des arrhes-dédit était mixte, réunissant les caractères de peine et de réparation, avec toutefois en France une prédominance de l'idée de peine, de l'idée de sanction. Mais dans le cas où le montant des arrhes devient si élevé que tout usage du droit de se dédire qu'elles impliquent, est interdit, leur caractère réparatoire apparaît à côté de celui de peine; ce n'est plus seulement une pénalité, une amende, mais aussi une compensation, une indemnité et dès lors c'est d'une véritable clause pénale qu'il s'agit.

M. Demogue⁽³²⁾ parle de clauses pénales incomplètes englobant sous ce titre toutes les clauses fixant certaines bases pour le calcul des dommages-intérêts. Cette expression nous semble peu satisfaisante en ce qui concerne les arrhes: la stipulation d'arrhes n'est pas une clause pénale incomplète à moins de ne voir dans cette dernière qu'une simple fixation conventionnelle de dommages-intérêts. Mais tout le monde est d'accord pour dire qu'elle est quelque chose de plus, qu'elle est un procédé comminatoire. Le caractère réparatoire de la stipulation d'arrhes n'est que la conséquence de la fin qu'elle comporte: elle est susceptible, tout au plus, d'être une clause pénale subsidiairement, elle ne peut être une clause pénale incomplète puisqu'elle ne possède aucun des éléments constitutifs de celle-ci.

§ 2. *Obligation avec arrhes et obligation alternative.*

Lorsque des arrhes ont été versées parallèlement à un contrat, les deux contractants ont le droit ou de s'exécuter ou de rompre le contrat et de perdre les arrhes. Chacun d'eux a, en quelque sorte, un choix à faire, puis-

(32) *Op. cit.*, t. VI, p. 486, n° 460.

qu'il se trouve enfermé dans ce dilemme : ou s'exécuter ou perdre les arrhes. Cette alternative découle de la convention même et il est alors permis de se demander, si du fait du versement d'arrhes chaque contractant ne devient pas débiteur et créancier d'une obligation alternative ? Si la nature de l'obligation avec arrhes n'est pas d'être alternative conformément aux articles 1189 et suivants du Code civil ?

Avant de nous prononcer, remarquons qu'il s'agirait d'une obligation alternative un peu spéciale puisque de droit commun le choix appartient au débiteur, mais peut être accordé au créancier (art. 1190). Or, le créancier d'une obligation avec arrhes ne peut jamais exiger l'exécution, le contrat prévoit la possibilité pour chacun de se rétracter, celui qui adopte ce parti ne peut se voir opposer le refus de son créancier; seul, donc, le débiteur aurait le droit de choisir.

En réalité, ce sont là deux obligations différentes, ce n'est qu'en apparence qu'il y a un choix. En effet, l'obligation alternative comporte deux ou plusieurs objets, une seule obligation existe, mais elle peut s'exécuter de différentes manières, le type d'une telle obligation est le suivant : Je vous dois un livre, dix francs, ou trois cahiers. Les objets, dont un seul est dû, sont sur le même plan, dans l'esprit des contractants ils sont équivalents et le créancier sera désintéressé qu'il ait reçu dix francs, le livre ou les cahiers. C'est au débiteur à choisir, à moins de convention expresse.

Or, celui qui a versé des arrhes n'a pas juridiquement à choisir entre l'exécution de son obligation et l'abandon des arrhes versées. Certes, sa décision révélera un certain choix de sa part, il aura pesé « le pour et le contre », mais en droit une seule chose est due, l'obligation n'a qu'un seul objet. Il est faux juridiquement de dire : je dois ou payer mon prix d'achat ou perdre mes arrhes; une seule chose est due : le prix; les arrhes ne sont que l'accessoire de cette obligation. Il n'y a pas équivalence pour le créancier entre la réception du prix

et l'acquisition définitive des arrhes, cette dernière solution n'est pour lui qu'un pis aller.

La différence apparaît très nettement si l'exécution du contrat devient impossible par cas fortuit ou force majeure. Les arrhes, n'étant qu'accessoires, disparaissent conformément à l'article 1227 et le débiteur est libéré. Si, au contraire, il y avait obligation alternative, l'exécution serait encore possible : l'abandon des arrhes, ce qui est absurde puisque l'obligation principale a disparu entraînant dans le néant la convention accessoire d'arrhes.

Le débiteur d'une obligation avec arrhes doit une seule chose, il n'a pas de choix à faire, il a simplement la faculté de se dégager du contrat en perdant les arrhes versées.

§ 3. *Obligation avec arrhes et obligation facultative.*

Le débiteur a la faculté de se retirer du contrat et son obligation n'a qu'un seul objet : n'est-ce pas alors une obligation facultative ?

Voyons d'abord en quoi une telle obligation se distingue d'une obligation alternative. Aucun texte dans le Code civil n'en donne de définition, deux articles, 1681 en matière de rescision pour cause de lésion et 2131 en matière d'hypothèques, y font allusion, mais la Doctrine est unanime pour déclarer que dans une telle obligation un seul objet est dû, mais au moment de l'exécution le débiteur a la faculté de payer autre chose. Ainsi est alternative l'obligation pour un individu de payer trois mille francs avec toutefois la faculté de se libérer en livrant un cheval. Donc, alors que l'obligation alternative comprend deux ou plusieurs objets et implique en conséquence un choix pour le débiteur, l'obligation facultative, au contraire n'a qu'un seul objet, mais le débiteur peut se libérer par un autre moyen, grâce à une *facultas solutionis*.

L'intérêt de cette distinction apparaît nettement sur le terrain des risques : l'obligation alternative devra

être exécutée tant qu'un des objets subsistera, l'obligation facultative disparaîtra et le débiteur sera libéré dès que le seul objet de l'obligation aura disparu.

A première vue, l'obligation avec arrhes semble pouvoir s'analyser en une obligation facultative ? En effet, un seul objet existe, l'exécution du contrat; le versement des arrhes n'est qu'une faculté, un moyen laissé au débiteur qui n'a cependant pas de choix à exercer puisque si le contrat devient inexécutable pour quelque cause que ce soit — cas fortuit, force majeure — il est libéré. L'abandon des arrhes serait donc une *facultas solutionis*. Cette analyse cadre bien avec la réalité, notamment avec le caractère accessoire des arrhes et souligne le caractère principal, en tant qu'obligation, de l'exécution du contrat.

Mais cette analyse est toute superficielle, elle ne tient pas compte de la structure profonde de l'obligation avec arrhes; l'abandon des arrhes en effet vient — selon les cas — ou sanctionner l'attitude du débiteur qui se retire ou réparer le préjudice causé au créancier par la défaillance du débiteur, en tout cas le contrat qui les liait disparaît, aucun rapport de créancier à débiteur n'existe plus entre eux, ce sont deux étrangers du point de vue du droit des contrats. Bien différente est la situation du débiteur d'une obligation facultative : lorsqu'il se prévaut de la *facultas solutionis*, lorsqu'au lieu de verser trois mille francs il livre un cheval, il ne fait qu'exécuter son obligation, le contrat est maintenu, son existence même n'est pas atteinte, l'exécution est différente, un point c'est tout : Le débiteur a substitué une dation en paiement au paiement, mais il s'est exécuté et le créancier a retiré de cette exécution un avantage équivalent.

L'abandon des arrhes est un moyen de se libérer du contrat et non pas seulement de telle ou telle obligation. En perdant les arrhes, le créancier ou le débiteur entendent faire disparaître le contrat alors qu'avec une obligation facultative ce dernier serait maintenu. La liberté laissée au débiteur porte dans le premier cas sur le

maintien du contrat, dans le second cas sur la modalité de l'exécution. Il y a une différence de degré.

SECTION III.

Théorie de la résiliation unilatérale.

La conclusion des deux sections précédentes est double : c'est d'une part la négation d'une influence du versement d'arrhes sur la nature du contrat principal et l'affirmation du maintien de ce dernier dans son intégrité, d'autre part c'est l'originalité de l'obligation avec arrhes qui ne se ramène pas à un type d'obligation prévue dans notre Droit, qui semble être ainsi une obligation *sui generis*.

Quelle en est donc la nature ?

Rechercher la nature juridique de l'obligation avec arrhes c'est rechercher le contenu du droit de ceux qui ont donné et reçu des arrhes. Rationnellement le contenu d'un droit est fonction de son but pratique, c'est-à-dire déterminé et limité par ce but.

Or, la fonction de repentir reconnue aux arrhes versées par l'un des contractants à l'autre, au moment où le contrat se forme, comporte avons-nous dit une fin, et un moyen. La fin étant la disparition du lien contractuel, le moyen, l'abandon ou la restitution au double des arrhes. En d'autres termes, les parties conviennent en se mettant d'accord que chacune d'elles pourra ne pas réaliser la convention, pourra se dédire, moyennant le versement ou l'abandon d'une certaine somme. Le but est donc d'accorder par ce versement d'arrhes un moyen de dédit, une faculté de se dégager du contrat. L'acheteur verse immédiatement cette somme convenue au vendeur qui pourra se dégager en la restituant et en versant une autre somme d'égale importance.

De cette analyse, il résulte que l'obligation avec arrhes est de nature complexe, composite : elle contient une faculté de dédit et une garantie qui résulte du versement immédiat des arrhes.

Nous avons déjà vu que l'idée profonde des arrhes était une idée de garantie, nous n'y revenons pas. Cette garantie résulte du versement immédiat — à titre d'arrhes — de la somme convenue pour se retirer du contrat. Si celui qui a versé les arrhes se retire, cette garantie joue pleinement et l'abandon qu'il en fait compense le préjudice subi par celui qui les a reçues. Si, au contraire, c'est ce dernier qui manifeste l'intention de se retirer du contrat, cette garantie que constituaient les arrhes entre ses mains, manque son but puisqu'elle était destinée soit à bien marquer la conclusion du contrat, soit à la réparation éventuelle du préjudice résultant de l'inexécution; dès lors cette somme est sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue, il doit la rendre et y ajouter, pour prix de son dédit, une somme équivalente.

Telle est d'ailleurs la solution donnée tout récemment par la Cour de cassation dans l'espèce suivante⁽³³⁾ : Aux termes d'un acte sous signatures privées, les époux Audinet promettaient de vendre à un sieur Bouveau une villa. Bouveau versait immédiatement 10.000 francs d'arrhes et il était expressément stipulé que « si Bouveau ne réalisait pas l'achat, ladite somme de 10.000 francs par lui versée entre leurs mains serait acquise aux époux Audinet et que ceux-ci, s'ils n'exécutaient pas la vente, seraient tenus de payer la même somme à Bouveau ».

Les époux Audinet usèrent de la faculté de dédit, mais Bouveau protesta, prétendant qu'il était trop tard. La Cour de Caen donna gain de cause aux époux Audinet et la Cour de cassation déclara : « Attendu que se

(33) Ch. Req., 3 juillet 1933, *Journal des Notaires*, 1934, p. 806. Article 38102, Pourvoi contre Arrêt de la Cour de Caen du 15 avril 1931.

fondant sur les termes de la promesse de vente et sur la commune intention des parties, la Cour d'appel déclare que celles-ci ont pris l'engagement réciproque de vendre et d'acheter, mais se sont réservées la faculté mutuelle de se départir de leur engagement, Bouveau en perdant la somme de 10.000 francs versée d'avance en garantie, les consorts Audinet en payant de leurs deniers personnels la même somme de 10.000 francs.

« Attendu, dès lors, qu'en décidant que les époux Audinet avaient le droit de ne pas réaliser la promesse de vente moyennant restitution des arrhes et paiement du dédit de 10.000 francs, la Cour d'appel a déduit du contrat dont elle faisait application les conséquences juridiques qu'il comportait et légalement justifié sa décision. »

Cet arrêt met nettement en relief le contenu des arrhes : garantie et moyen de dédit.

Il nous reste dès lors à examiner dans deux paragraphes la clause de dédit et la modalité de la dispa-

§ I. *La clause de dédit.*

rition du contrat à la suite du dédit.

« Le dédit est la faculté laissée au contractant de ne pas exécuter son engagement ou d'en interrompre l'exécution en payant une certaine somme », nous dit M. Capitant⁽³⁴⁾ qui ajoute : « Dans la pratique une confusion s'est faite entre la faculté résultant de cette clause et la somme à payer » (entre la fin et le moyen) « et l'on désigne sous le même nom le droit de se dégager du contrat et le montant de l'indemnité à payer; on dit « le contrat de tel artiste comporte un dédit » et « l'artiste a payé son dédit ».

L'exemple typique de la clause de dédit se rencontre dans les ventes avec prime ou l'un des contractants — ou les deux — a le droit de ne pas exécuter ses obligations en versant le montant de la prime.

(34) Vocabulaire juridique, v° Dédit.

Il suffirait d'ajouter à la définition du dédit l'obligation de verser la somme convenue immédiatement, quand le contrat est conclu pour avoir une définition des arrhes dans leur fonction de repentir : aucune différence de nature n'existe entre ces deux clauses, le but est le même, à savoir : permettre la disparition du contrat à la demande de l'une ou l'autre des parties; seule les sépare une différence de moment qui souligne le caractère de sûreté attaché aux arrhes.

On a bien essayé d'opposer la clause de dédit proprement dit à la stipulation d'arrhes en qualifiant celui-ci de dédit consensuel et celle-là de dédit réel. Nous avons déjà dit que la stipulation d'arrhes n'avait aucun caractère réel, c'est-à-dire que le versement des arrhes n'avait pas plus d'importance que le versement de toute autre somme, qu'il était l'exécution d'une clause et non un élément constitutif de cette clause.

Ainsi un contrat avait été passé entre une Dame B..., et une Dame L..., aux termes duquel cette dernière assurait à l'autre un emploi dans son magasin de couture aux appointements de 1.000 francs par mois. Il était, en outre, stipulé qu'en cas de départ injustifié, la dame B... verserait à la dame L... une somme de 6.000 francs à titre de dédit⁽³⁵⁾. Le contrat dura quelque temps puis fut inexécuté et la Cour de cassation condamna la dame B... au paiement de ladite somme.

C'est un exemple typique d'une clause de dédit. Or quelle différence y aurait-il eu pour la dame L..., si dès la conclusion du contrat elle avait reçu de la dame B... 6.000 francs à titre d'arrhes ? Aucune, sinon qu'elle aurait eu la certitude de ne pas se heurter plus tard à l'insolvabilité de ladite dame B...; mais au fond, la dame B..., aurait eu la même faculté, à savoir celle de se retirer du contrat.

En général, la clause de dédit ne réserve cette faculté qu'à l'un des contractants, mais rien n'empêche les contractants de se l'accorder réciproquement. En sens

(35) Req., 8 novembre 1926, *Gaz. Pal.*, 1926-II-709.

inverse, l'article 1590 n'étant pas d'ordre public, rien n'empêche de limiter la même faculté résultant du versement des arrhes à l'un seulement des contractants.

Un autre exemple emprunté au contrat d'assurance nous affirme également la similitude de but poursuivie par la clause de dédit et la stipulation d'arrhes. Les conditions générales des polices d'assurances contre l'incendie reproduisent en substance l'article 14 de la loi du 13 juillet 1930, aux termes duquel, en cas de décès de l'assuré ou d'aliénation de la chose assurée, l'héritier ou l'acquéreur qui opte pour la résiliation du contrat doit à la Compagnie une indemnité, variable avec les Sociétés, mais qui équivaut en général à une année de prime ou à 25 % du montant des primes à échoir. Il ne serait évidemment pas de bonne politique pour une Compagnie d'assurances d'exiger de l'assuré, au moment de la signature de la police le versement d'une somme à titre d'arrhes, permettant à l'assuré de résilier cette police; mais cette question toute diplomatique mise à part, le résultat recherché serait le même.

Donc les arrhes constituent un moyen de dédit, leur versement implique la réserve de cette faculté dans la même mesure qu'une clause expresse; elles ne font qu'ajouter une sécurité plus grande pour celui qui les reçoit. L'obligation avec arrhes, contient une faculté de dédit. C'est l'avis d'une partie de la doctrine : Aubry et Rau⁽³⁶⁾ nous déclarent : « Une fois le contrat conclu, les parties sont réciproquement liées quoique la chose n'ait pas été encore livrée, ni le prix payé (art. 1583). Il n'est donc pas au pouvoir de l'une des parties de résilier le contrat sans le consentement de l'autre à moins que la faculté ne lui en ait été réservée, soit expressément, soit implicitement. Une réserve de cette nature résulte implicitement, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle, du fait de la remise et de la réception d'arrhes. »

La même opinion est soutenue par Colmet de San-

(36) *Op. cit.*, § 349.

terre⁽³⁷⁾, Larombière⁽⁸³⁾, Demolombe⁽³⁹⁾, et de nos jours par MM. Colin et Capitant⁽⁴⁰⁾ dans le *Traité* desquels nous lisons : « ...Rien n'empêche le contractant de stipuler le droit de se dédire pendant un certain délai. Par exemple, un vendeur, un acheteur peuvent se réserver ce droit moyennant le paiement d'une indemnité appelée arrhes. »

Ainsi, en droit français, il existe deux procédés pour permettre à chacun des contractants de se retirer du contrat : ou insérer une clause expresse de dédit, ou verser des arrhes.

§ 2. *Résiliation unilatérale du contrat.*

Lorsque l'un des contractants se prévaut de la faculté de dédit que lui accorde une clause expresse ou un versement d'arrhes, le contrat disparaît, mais suivant quelle modalité ?

A notre avis, l'exercice de la faculté de dédit entraîne la résiliation du contrat : un versement d'arrhes ou une clause de dédit ont pour but et pour effet de permettre la résiliation unilatérale du contrat.

Qu'il y ait résiliation, cela doit sembler normal après ce que nous avons dit. Nous avons écarté l'hypothèse d'un contrat conditionnel : il ne peut y avoir résolution du contrat, le dédit ne peut pas jouer le rôle d'une condition résolutoire. En effet, le contrat est formé dès le jour de sa conclusion et de nombreuses conséquences s'ensuivent, entre autres : transmission de la propriété et des risques. Or, le jour où la faculté de dédit est exercée, certes le contrat disparaîtra, mais pour l'avenir, *ex nunc*; quant au passé, il y a des faits qui ne peuvent être effacés; quoique l'on dise, quelle que fiction que l'on admette, la propriété a été transférée. D'autre part, à qui, dans ce cas, attribuer les risques pendant la période

(37) *Op. cit.*, t. 50.

(38) *Op. cit.*, t. 1134, n° 7.

(39) *Op. cit.*, t. 24, p. 390.

(40) *Op. cit.*, t. 2, § 68.

intérimaire ? Enfin, le dédit n'est pas dû, comme nous le verrons, si le contrat devient inexécutable à la suite d'un cas fortuit ou de force majeure : or, si l'on fait du dédit l'objet de la condition, peu importe si le contrat est ou non exécutable, du jour où il est inexécuté, la condition est réalisée et le dédit est dû.

Comment, dans ces conditions, admettre la résolution du contrat, alors que nous écartons la condition ; on ne peut accepter un principe et en rejeter les conséquences.

Il est vrai que c'est là la critique faite généralement à la rétroactivité de la condition. Et il n'y aurait pas de raison d'écarter pour notre hypothèse ce procédé d'explication que l'on admet, avec les mêmes défauts, dans d'autres situations, si l'on s'en tenait à ces seuls arguments de logique.

Or, la résiliation du contrat, à la suite de l'exercice de la faculté de dédit, est conforme à l'intention des parties et trouve ses justifications dans les textes.

Elle est conforme à l'intention des parties. En effet, si elles ne donnent pas un engagement définitif, si elles entendent pouvoir se replier, si elles se ménagent une retraite, elles ne s'en engagent pas moins. Elles ne se lient pas définitivement, mais elles se lient tout de même. Donc, à moins de stipulation expresse — car toutes ces matières ne sont point d'ordre public et laissent toute liberté aux individus — le contrat ne disparaîtra, elles ne cesseront d'être liées qu'au moment où l'une d'elles se retirera : mais le passé restera intact. Les contractants n'ont pas voulu, en se ménageant une possibilité de dédit, anéantir complètement les rapports qui ont lieu entre eux — sinon ils n'auraient point contracté — mais seulement les supprimer à un certain moment.

L'idée de résiliation est d'ailleurs commandée par le domaine d'application que nous avons reconnu aux arrhes-dédit, à savoir principalement les marchés à terme, c'est-à-dire ceux dont les différents termes de l'exécution s'échelonnent dans le temps. Or, pour ces

contrats une résolution est impossible parce que leur exécution est déjà commencée, on peut seulement parler de résiliation. Lorsqu'il s'agit d'une clause de dédit comme, par exemple, dans un contrat d'assurance, lorsque l'assuré ou l'assureur se prévalent de cette clause, le contrat n'est anéanti que pour l'avenir, le passé subsiste; il est résilié du jour où le dédit est exercé⁽⁴¹⁾.

Au surplus, cette résiliation est unilatérale. Ce caractère est exorbitant du droit commun des contrats où l'article 1134, alinéa 2 du Code civil spécifie que seuls ceux qui on fait peuvent défaire, que les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ». Comment concilier notre théorie avec les principes ?

Elle trouve sa justification dans les textes mêmes, notamment dans l'article 1134 du Code civil.

L'alinéa I pose le principe de la liberté et de la force obligatoire des conventions : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Une faculté de dédit, résultant d'un versement d'arrhes ou d'une simple clause, est, en vertu de ce texte, obligatoire pour les contractants; elle est valable, comme « légalement » conclue, c'est-à-dire comme non contraire à l'ordre public. En résumé, la disposition par laquelle les parties ont prévu que sous certaines conditions déterminées, le contrat pourrait disparaître, est tout aussi valable et obligatoire que le reste du contrat.

D'autre part, l'alinéa 2 prévoit la révocation du contrat par consentement mutuel, mais ne donne aucune précision sur les modalités de cette révocation. Or quelle différence de principe y a-t-il entre ces deux hypothèses :

a) Au bout d'un certain temps, les contractants se mettent d'accord pour considérer le lien de droit qui

(41) Un arrêt du Tribunal de Lyon du 7 nov. 1905 (*Mnod. Jud. de Lyon*, 26 mai 1906) déclare d'ailleurs expressément que la vente d'un hôtel meublé est « résiliée » en cas de dédit.

les unissait comme rompu, le contrat comme disparu. Ils font en somme un nouveau contrat à rebours.

b) Au moment de s'engager les parties se mettent d'accord pour dire que le contrat sera rompu sous certaines conditions et dans un certain délai, à la demande de l'une d'elles.

Aucune. C'est dans les deux cas de leur mutuel consentement que le contrat disparaîtra. Rien ne les empêche de déléguer ce pouvoir de demander la résiliation à l'un d'eux seulement.

Ces deux cas ne présentent entre eux que des différences de détail. Dans le premier, le consentement mutuel porte sur une rupture immédiate du contrat; dans le second cas, au contraire, la rupture est simplement prévue, elle reste même facultative; en d'autres termes, les parties ne se mettent d'accord que sur le principe et non sur l'époque.

Ce qui est interdit dans notre Droit, ce n'est pas cette résiliation des contrats dont la réalisation sera unilatérale mais sur le principe de laquelle l'accord mutuel s'est fait, c'est la rupture du contrat par la simple volonté d'un contractant, alors que ce droit ne lui avait pas été reconnu par le contrat, mais lorsque la résiliation fait l'objet d'une clause expresse ou tacite, que les parties sont d'accord sur les modalités, plus rien ne s'oppose à sa validité.

D'ailleurs, à l'appui de notre thèse, nous pouvons encore invoquer l'alinéa 2 de l'article 1134 qui déclare que les conventions peuvent également être révoquées « pour les causes que la loi autorise ». Quelles sont ces causes ?

D'après la majorité de la doctrine, le législateur a annoncé par là certains textes qui prévoient la rupture du contrat soit à la suite de décès (art. 1795, 2003, 1856 du C. civ.), soit à la suite de faillite (2003); ainsi que la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée (art. 1780, 1865 du C. civ.). Enfin d'autres textes prévoient la rupture du contrat par la volonté d'une des parties, et peuvent se réclamer de l'article 1134, alinéa 2 (cf. art. 1794, 1865, 2004, 2007 du C. civ.). Il sem-

ble qu'à cette énumération, on puisse ajouter l'article 1590 du Code civil, ce texte contenant un cas de dissolution des contrats.

La résiliation unilatérale trouve ainsi sa justification lorsqu'il s'agit d'arrhes dans le dernier membre de phrase de l'alinéa 2 de l'article 1134 Code civil annonçant l'article 1590 et lorsqu'il s'agit de clause de dédit — aucun texte spécial ne la visant — dans les alinéas 1 et 2 du même article.

Ajoutons que cette résiliation, conséquence d'un texte exprès ou d'une convention aura lieu en dehors de toute intervention du juge. Elle s'oppose donc à la résolution de l'article 1184 du Code civil qui ne peut être que judiciaire. Dans ce dernier cas, en effet, le juge a un pouvoir souverain et très étendu : la question de la disparition du contrat qui se pose à la suite de la défaillance de l'une des parties, n'étant prévue par hypothèse ni dans un texte spécial ni dans la convention, ne peut être laissée à l'initiative des particuliers : on ne se fait pas justice soi-même, c'est une question de stabilité des conventions, de sécurité dans les affaires et c'est un devoir pour le juge de l'assurer. Le pouvoir du juge est, dans cette matière, souverain ⁽⁴²⁾. Au contraire, lorsque le contrat disparaît à la suite d'un dédit, le juge n'a pas à intervenir car les parties se sont à l'avance mises d'accord sur cette disparition, elles ont même évalué le préjudice causé et les dommages-intérêts dus : à défaut d'une telle stipulation une disposition légale réglemente les modalités de la rupture. Tout au plus, si une difficulté a lieu nécessitant un recours à la justice, le rôle du juge sera tout différent en matière de résiliation ; il ne fait que constater la résiliation, il l'entérine, alors que, dans le cas de la résolution, il ne fait pas que de la constater, il la prononce : « Le juge « crée » la résolution » a dit Demolombe ⁽⁴³⁾. L'inexécution, dans ce

(42) Cf. sur ce point : CAPITANT, *De la cause*, n° 153, p. 239 ; RIPERT, *La Règle morale dans les obligations*, n° 76, p. 139.

(43) *Op. cit.*, t. XXV, p. 514.

cas, ne résoud pas le contrat mais le rend résoluble, c'est le juge qui prononcera; lorsque le contrat disparaît par abandon ou restitution d'arrhes, ou en vertu d'une clause de dédit, il est résilié immédiatement; le jugement pouvant intervenir est uniquement déclaratif; celui rendu à la suite de l'exercice de l'action résolutoire est constitutif, ceci est certain puisque toute la doctrine est unanime à reconnaître que le débiteur défaillant peut encore s'exécuter valablement en cours d'instance; le contrat est maintenu malgré l'inexécution jusqu'au jour du jugement qui prononcera réellement la résolution (44).

Il y a donc une opposition complète entre la résolution et la résiliation unilatérale, mais elles jouent sur un plan symétrique. Les modes de dissolution des contrats se classent ainsi en deux catégories; la première constituée par la résolution judiciaire, l'intervention du juge étant nécessaire; la deuxième contenant la dissolution des contrats soit en vertu des dispositions légales que nous avons énumérées plus haut soit en vertu de la convention des parties. Le critérium de la distinction est donc l'intervention du juge, mais à la base se trouve la même idée que nous avons déjà énoncée : celle du respect de la parole donnée. La résolution de l'article 1184 s'explique par une condition résolutoire tacite, mais c'est là une invention des civilistes; « l'idée est que le contrat était respectable quand il a été conclu parce qu'il répondait à des fins légitimes; postérieurement à sa condition, il a été déséquilibré soit par la faute d'une des parties, soit par un événement purement fortuit; exécuter ce contrat boiteux serait singulièrement immoral, il faut que le juge puisse en contrôler et, par conséquent, en refuser l'exécution » (45).

(44) LAURENT, *op. cit.*, t. XVII, p. 135; LAROMBIÈRE, t. III, article 1184, n° 46; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXV, p. 517; HUC, *op. cit.*, t. VII, p. 271; AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. IV, § 302, p. 130, note 83 bis; BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, t. I, n°s 1252-1254; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, *op. cit.*, t. VI, p. 427; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, p. 153. B. LACANTINERIE et BARDE, *op. cit.* II, 927.

(45) RIPERT, Règle morale dans les obligations, § 376, p. 137.

La Cour de cassation est du même avis, lorsqu'elle déclare que « la résolution est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans le lien du contrat dont l'autre partie se lui fournirait pas l'équivalent » ⁽⁴⁶⁾, c'est ce que les Canonistes disaient déjà dans la formule demeurée célèbre : *Non servante fidem, non est fides servanda*.

Le paiement du dédit sanctionne cette obligation de conscience d'exécuter le contrat.

Dans les deux cas, nous avons à la base la même idée morale, celle du respect de ses engagements. Cette idée pénètre dans le domaine juridique lorsqu'elle est munie de sanction. Et cette sanction est, soit prononcée par le juge, soit prévue par les intéressés eux-mêmes; dans les deux cas, l'équité est maintenue.

(46) Cass., 29 nov. 1865, D. P. 1866-1-27, S. 1866-1-21.

CHAPITRE III

RELATIONS JURIDIQUES ENTRE CELUI QUI DONNE LES ARRHES ET CELUI QUI LES REÇOIT

On conçoit fort bien que certains rapports naissent entre les contractants, en dehors de ceux mêmes du contrat principal, par suite d'un versement d'arrhes : la stipulation d'arrhes est, nous l'avons vu, une convention qui, comme telle, est productive d'obligations. Ces relations sont relatives d'une part au laps de temps pendant lequel l'existence du contrat est précaire, c'est-à-dire au délai pendant lequel chacun des contractants pourra se dédire, d'autre part à la réalisation pratique de la résiliation du contrat ou à sa continuation à l'expiration de ce délai. Enfin, il est nécessaire de préciser quels sont les droits du contractant qui subit la résiliation, du créancier de l'obligation inexécutée.

SECTION I.

**Délai pendant lequel la faculté de dédit
peut être exercée.**

Il peut arriver que les contractants prévoient expressément un délai pendant lequel chacun d'eux pourra se retirer, mais au-delà duquel chacun sera forclos.

Les cas de délai exprès sont assez rares, l'usage s'en rencontre néanmoins chez les commerçants de détail, principalement chez les tailleurs. Les pancartes prescrivant que « Messieurs les clients sont priés de laisser des arrhes » sont généralement complétées de la manière suivante : « Passé le délai de trois mois, les arrhes seront acquises à la maison. » Cela signifie que chacun des contractants, tailleur et client, ont un délai de trois mois pour se dédire, passé lequel le contrat sera confirmé.

Le même usage se retrouve chez les modistes, papetiers, maroquiniers et, d'une façon générale, chez tous les commerçants qui reçoivent des commandes accompagnées d'arrhes. Si dans le délai ainsi prévu le client ne s'est pas présenté pour prendre livraison et payer le montant de sa commande, le commerçant considère que le client s'est dédit, et les arrhes lui sont acquises. C'est une mesure de sagesse pour ce genre de commerçants qui ne peuvent rester indéfiniment dans l'expectative.

Dans le bail avec promesse de vente il existe également, lorsque les arrhes sont données, un délai très précis pour se dédire. En effet, il est généralement stipulé dans la promesse de vente que l'option devra être levée avant la fin du bail et, en outre, il est prévu que les arrhes versées au tailleur lui seront acquises en cas

de non réalisation de la vente, mais que, dans le cas contraire, elles s'imputeront sur les prix. Cette clause signifie que le bénéficiaire pourra ou non réaliser la vente mais qu'à la fin du bail, ce droit de se dédire sera expiré; de même pour le bailleur qui sera forclos à la même date.

Il est arrivé que bien souvent l'option ne fut pas levée dans le délai imparti et que le bail soit prorogé. La jurisprudence est constante pour affirmer que la prorogation du bail ne proroge pas le délai pour lever l'option, et en conséquence pour se dédire, parce que bail et vente sont deux actes distincts (1).

Cette jurisprudence mérite d'être approuvée car, par cette convention, les parties avaient clairement manifesté leur volonté de limiter la faculté de se dédire, au terme convenu pour l'expiration du bail. Les circonstances qui ont motivé la prorogation de ce bail sont le plus souvent étrangères à la question de la promesse de vente, elles ne sauraient en tout cas avoir aucune influence sur le délai de l'option.

D'une manière analogue il est admis que si un terme a été accordé pour l'exécution de l'obligation, cela n'a aucun effet sur le délai pour prendre parti sur les arrhes. Il y a là deux délais indépendants, l'un touchant l'exécution du contrat, l'autre son existence (2).

L'arrêt déjà cité de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927 nous révèle que les parties avaient

(1) Voir Cass., 8 avril 1924, D. P. 1924-1-118 et *Gaz. Pal.*, 1924-1-700; Cass., 13 nov. 1929, D. P. 1929-1-130 et *Gaz. Pal.*, 1929-1-93; Rennes, 10-12-29, *Gaz. Trib.*, 20-7-1930; Seine, 31 mars 1930, *Gaz. Trib.*, 1930, II-2-257; Paris, 10-12-29, *Gaz. Trib.*, 27-7-30; Paris 13 déc. 1930, D. P. 1931-2-151. Il y eut d'ailleurs une réaction assez sérieuse des bénéficiaires de promesse de vente qui ont soutenu que par le fait même que les arrhes avaient été acceptées par le bailleur, la promesse de vente était devenue synallagmatique, donc qu'elle valait vente, et qu'en conséquence les arrhes étaient un acompte sur le prix; la jurisprudence a refusé cette manière de voir, Paris, 3 déc., 1930 *Gaz. Trib.* 1931, II-2-22.

(2) En ce sens : COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. 7, 11 bis, p. 26 et suivantes.

convenu de passer chez le notaire pour dresser acte authentique de leur vente et ils avaient fixé une date pour cette formalité. Il semble donc que les arrhes versées par l'acheteur le jour de la signature de l'acte sous-seings privés leur donnaient le droit de se dédire jusqu'au jour du rendez-vous chez le notaire; il y avait en somme, entre ces deux formalités, une période de flottement pendant laquelle ils pouvaient encore réfléchir. C'était d'ailleurs un des motifs du Pourvoi qui soutenait « que le vendeur avait usé de la prétendue faculté de dédit postérieurement à l'expiration du délai convenu ». La Chambre des Requêtes n'a pas statué sur ce chef du pourvoi : « Attendu — a-t-elle dit — que ce moyen est nouveau et qu'étant mélangé de fait et de droit, il est irrecevable devant la Cour de cassation » (3).

Remarquons qu'il n'y avait pas là un délai express à l'expiration duquel tout dédit était interdit. En effet, la passation de l'acte chez le notaire n'ajoutait rien à la perfection de la vente qui était conclue dès le jour où l'acte sous-seing privé avait été dressé et signé. Les parties y trouvaient seulement l'avantage d'avoir un acte authentique, mais la vente était déjà faite. Par conséquent, rien n'aurait dû s'opposer — en l'absence de toute prévision à ce sujet — à ce que le droit de se dédire durât même après la confection de l'acte notarié.

Néanmoins, la Cour d'appel d'Aix avait pu juger, le 15 juillet 1926 (4) que le vendeur s'étant refusé à se rendre chez le notaire, avait le droit de se dédire en restituant le double de la somme reçue ». C'est, qu'en effet, son refus impliquait chez le vendeur l'intention de se dédire, car il refusait d'exécuter les obligations nées à sa charge et contenues dans l'acte sous-seings privés; ces obligations étaient de deux sortes; d'une part celles résultant du contrat de vente et, d'autre part, une obligation de faire, celle de se rendre chez le notaire; il a été jugé que le propriétaire qui s'accorde avec un ama-

(4) D. P. 1928-1-166.

teur pour la vente à un prix donné d'un immeuble déterminé et s'engage à passer l'acte devant notaire contracte une obligation de faire pour inexécution de laquelle il doit être condamné à des dommages-intérêts (5). Par conséquent, si des arrhes ont été versées, elles jouent dans ce cas le rôle de dommages-intérêts.

C'est donc en refusant d'exécuter cette obligation que le vendeur s'est dédit, mais on peut soutenir que rien n'ayant été prévu à cet égard, cette faculté aurait pu subsister même après que l'acte notarié eût été dressé (6).

En somme, dans ce cas, contrairement à ce qu'on pourrait croire à première vue, aucun délai n'avait été fixé. C'est le cas le plus fréquent. Or, il est bien certain que cette possibilité pour chacune des parties de revenir sur sa décision, de briser le lien contractuel, ne peut durer indéfiniment; l'existence même d'un contrat ne peut être perpétuellement suspendue à une simple manifestation de volonté. Les contrats exigent une stabilité avec laquelle la durée indéterminée du droit de se dédire est incompatible. Quelle perturbation si chaque fois que l'on est mécontent des effets d'un contrat — et bien rares sont les cas où de tels regrets ne se manifestent pas — on pouvait revenir sur sa décision : les conséquences sont incalculables. Si d'ailleurs, l'effet des arrhes était d'accorder le droit indéfini de se dédire, il est probable, ou bien que l'institution aurait disparu, ou bien qu'une clause de style serait venue en limiter l'effet dans les contrats accompagnés d'un semblable versement. Logiquement donc, si l'on comprend que les arrhes accordent aux particuliers un temps supplémentaire de réflexion, il faut nécessairement que ce laps de temps soit limité dans sa durée, sinon l'institution n'aurait aucun sens car elle irait à l'encontre des principes fondamentaux du droit des contrats. Au surplus, si l'utilité

(5) Cf. Melun, 25 juillet 1930.

(6) Une hypothèse identique se trouve rapportée dans les arrêts précités de la Chambre des Requêtes du 3 juillet 1933, *J. N.*, 1934, 800, art. 38102 et du 16 Février 1932, *S.* 1932.-1-133.

d'une telle stipulation est manifeste, il n'en est pas moins vrai qu'elle est de droit étroit, c'est-à-dire déroga-toire au droit commun, et qu'elle doit, en conséquence n'être appliquée que dans des limites strictes.

Quelle limite apporter à ce droit lorsque les parties ont négligé de faire porter leur accord sur ce point ? L'article 1590 pose seulement le principe des arrhes-dédit mais est muet sur l'application. La solution préconisée est toute empirique : « A défaut de temps fixé expressément ou tacitement, dit M. Demogue⁽⁷⁾, la faculté de dédit existe pour chaque partie jusqu'à l'exécution. S'il y a exécution d'un côté et acceptation de l'autre, le contrat devient définitif pour les deux parties. » Par conséquent lorsqu'une des parties voudra que l'autre se prononce, fixe son attitude, elle n'aura qu'à la mettre en demeure de s'exécuter et alors de deux choses l'une : ou bien celle-ci s'exécutera et le doute qui pesait sur l'existence du contrat sera dissipé, celui-ci sera confirmé, deviendra intangible; ou bien elle refu-sera de s'exécuter, et la mise en demeure constatera cette inexécution, première condition pour que la somme versée soit abandonnée ou restituée au double.

C'est la solution que soutenaient déjà Pothier⁽⁸⁾, Troplong⁽⁹⁾, Duvergier⁽¹⁰⁾, Baudry Lacantinerie⁽¹¹⁾; Elle doit être adoptée car elle se justifie fort bien : elle est interprétative de la volonté des contractants. Cette volonté est double : d'une part ils ont entendu s'engager, contracter une vente, un bail, etc..., d'autre part, ils ont voulu ne pas s'engager inconsidérément et irrévoca-blement; leur contrat est passé mais l'exécution en est ajournée. S'ils viennent à s'exécuter, cela prouve mani-festement qu'ils ont réfléchi, et qu'ils trouvent le contrat avantageux. Si, au contraire, ils refusent, c'est la

(7) *Op. cit.*, t. VI, n° 448 et suivants.

(8) *Op. cit.*, n° 503.

(9) *Op. cit.*, t. I, n° 137.

(10) *Op. cit.*, t. I, n° 140.

(11) BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *op. cit.*, n° 52. Voir éga-lement Répertoire Dalloz, t. XII, Vente, n° 303 et suivants.

preuve non moins manifeste qu'ils préfèrent ne pas être liés, qu'ils se dédisent. En somme, les arrhes ont pour effet de reculer dans le temps, d'ajourner la décision des contractants, mais le jour où cette décision se manifeste, ils sont ou dégagés ou irrévocablement liés. Cette manifestation de volonté forclot celui dont elle émane du droit de se dédire. Cette volonté de se dédire ou, au contraire, de renoncer au droit de se dédire, pourra se manifester en dehors de toute mise en demeure. Ainsi un vendeur ayant reçu des arrhes d'un premier acheteur et qui revend son immeuble, manifeste certainement l'intention de se dédire; le premier acheteur est en droit de lui réclamer la restitution des arrhes augmentées d'une somme équivalente.

Demante et Colmet de Santerre faisaient une distinction dans cette hypothèse, qui nous semble inexacte ⁽¹²⁾. Si aucun délai n'a été stipulé, disaient-ils, le vendeur qui a aliéné une deuxième fois peut refuser l'offre qui lui est faite du prix; le deuxième acheteur est concessionnaire du droit de dédit que lui assure la conservation de la chose.

S'il y avait un délai et que ce délai soit expiré, continuaient ces auteurs, aucun dédit n'est plus possible car « on ne peut voir un dédit dans le changement de volonté manifesté par l'aliénation au profit du deuxième acheteur de la chose vendue au premier avec convention d'arrhes ».

Cette dernière solution est évidente. Il est certain que le délai est expiré, il ne peut plus être question d'exercer un droit de dédit quelconque.

Mais la solution de ces auteurs nous semble illogique lorsqu'ils envisagent le cas où aucun délai n'a été stipulé, auquel on peut assimiler celui où un délai a été établi, mais n'est pas encore écoulé. De toute façon, un acte aussi décisif qu'une vente implique pour le vendeur la volonté manifeste de renoncer au premier contrat. Quant au deuxième acheteur nous lui refusons la qualité

(12) *Op. cit.*, t. VII, 11 bis.

de cessionnaire du droit de dédit, ce droit est essentiellement personnel et ne suit pas l'immeuble faisant l'objet du contrat qu'il sanctionnait. Comment peut-on admettre qu'un acte — la première vente accompagnée de la stipulation d'arrhes — auquel le deuxième acheteur aura été étranger, puisse produire des effets à son égard ? ou être considéré comme l'exercice contre lui du droit d'option entre le maintien ou l'exécution d'un contrat sur lequel il compte ? *Res inter alios acta...*

Ceci nous permet de compléter ce que nous avons dit à propos de la clause de dédit proprement dite. Dans un contrat contenant un engagement de payer une certaine somme, au cas de refus d'exécution, cette somme ne sera dûe que lorsque l'inexécution sera consommée. Seulement — différence avec les arrhes — le contrat contenant une clause de dédit, aura pu être exécuté sans pour cela que le droit de se dédire ait disparu. L'engagement est plus étendu que lorsqu'il s'agit d'arrhes. Cette différence s'explique par la volonté présumée des parties et aussi par le fait que le domaine d'application de ces deux stipulations semblent différer : les arrhes se rencontrent principalement dans les contrats à terme, c'est-à-dire ceux dont l'exécution est différée et la clause de dédit existe seulement dans les contrats à exécution successive. Nous nous sommes déjà expliqué sur ce point ⁽¹³⁾.

Quelles sont les conditions de la mise en demeure d'exécuter le contrat ?

Il est certain, tout d'abord que celui des contractants qui mettra l'autre en demeure de s'exécuter, pour ainsi le forcer à prendre parti, devra lui aussi offrir l'exécution de son obligation. Ainsi un vendeur ne pourra mettre en demeure son acheteur de payer le prix que s'il offre corrélativement de livrer la chose vendue : c'est une conséquence de l'exception *non adimpleti contractus*.

D'autre part, si l'une des parties fait spontanément

(13) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. 3.

un acte d'exécution, cela implique de sa part renonciation à la faculté de se dédire — c'est d'ailleurs pourquoi celui des deux contractants qui met l'autre en demeure d'exécuter ou de se dédire doit offrir l'exécution de son obligation — mais lui seul renonce à se dédire, ce droit subsiste pour l'autre partie.

SECTION II.

Différentes solutions possibles.

A l'expiration du délai prévu ou sur mise en demeure de s'exécuter ou de se dédire, plusieurs cas sont susceptibles de se présenter.

§ I. Le contrat est maintenu.

Aucun des contractants ne se prévaut de cette faculté. Le contrat est exécuté, il est définitif, tout au moins la possibilité d'une disparition à la demande d'un seul des contractants a disparu, car il pourra se faire que le contrat disparaisse par consentement mutuel ou qu'il soit résolu dans la suite, par application de l'article 1184 du Code civil. Dans ce cas, les arrhes versées viennent s'imputer sur le prix dû. Nous nous sommes déjà expliqué sur le sens de cette expression⁽¹⁴⁾. C'est à notre avis une erreur de dire que les arrhes viennent en acompte sur le prix... En réalité, elles devraient être rendues par celui qui les a reçues car le dédit n'ayant pas eu lieu, elles ont manqué leur but et sont sans cause entre ses mains. Elles ne représentent nullement une fraction du prix puisqu'elles étaient le montant du droit de se dédire, il y a simplement compensation. Toutes les fois que la compensation ne pourra se produire, les

(14) Cf. *supra*, 1^{re} partie, chap. 1.

arrhes devront être rendues : c'est ce qui aura lieu lorsque les arrhes consistent en un objet quelconque : il ne pourra y avoir compensation puisque les deux dettes ne sont pas de même nature et que l'une d'elles n'est ni fongible, ni exigible; c'est ce qu'affirme d'ailleurs M. Demogue⁽¹⁵⁾; si l'on n'a pas recours à la compensation, on ne peut s'expliquer pourquoi les arrhes sont rendues lorsqu'il s'agit d'un objet et pourquoi elles sont gardées par le créancier qui les avait reçues si elles sont en argent.

D'ailleurs, lorsque dans une promesse unilatérale de vente le promettant aura versé des arrhes au bénéficiaire, si la vente se réalise, les arrhes devront être rendues en sus du prix. Elles représentaient une garantie pour le bénéficiaire que le promettant maintiendrait sa promesse; le jour où la vente se réalise, tout risque a disparu pour le bénéficiaire, il n'a plus aucune raison de conserver les arrhes entre ses mains, pas plus que de les incorporer dans le prix, à moins de convention spéciale, mais pour obtenir le prix réel, il faudra déduire du prix versé le montant des arrhes.

§ 2. *Le contrat est résilié.*

Supposons, au contraire, que l'une des parties préfère ne pas contracter et se retirer du contrat. C'est le cas prévu expressément par l'article 1590 du Code civil : « Si la promesse de vente a été faite avec arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données en les perdant et celui qui les a reçues en restituant le double. »

Deux cas sont donc à envisager, selon que le dédit est le fait de celui qui a versé les arrhes ou de celui qui les a reçues.

1° Si c'est le donneur d'arrhes qui se retire, il y a abandon d'arrhes, elles sont acquises à celui qui les a

(15) DEMOGUE, *op. cit.*, n° 486. Cf. également dans le même sens : BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT, *op. cit.*, n° 82.

reçues. Le montant des arrhes représentait le prix du dédit, leur acquisition par celui qui subit le dédit, est à la fois la compensation du préjudice qu'il subit et qui a été évalué à l'avance et, vis-à-vis de celui qui se retire, la sanction pour n'avoir pas donné suite au contrat.

2° Supposons, au contraire, que le dédit provienne de celui qui a reçu les arrhes. Ainsi, dans une vente, c'est le vendeur qui avait reçu les arrhes et c'est lui qui veut se dédire. C'est le cas, d'ailleurs, de l'espèce rapportée dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927. Il y a alors, dit le Code, restitution du double. Nous avons déjà critiqué l'ambiguïté de cette formule. En réalité, les choses se passent ainsi : le dédit avait été évalué conventionnellement à une certaine somme, et l'acheteur avait versé immédiatement cette somme à titre d'arrhes, c'est-à-dire de garantie, au vendeur. Cette garantie que le vendeur avait, au sujet de l'intention de l'acheteur de continuer la vente devient sans objet puisque c'est le vendeur lui-même qui fait défaut : cette somme doit donc être restituée à l'acheteur. Au surplus, le vendeur doit payer son dédit, somme équivalente à celle qu'il rembourse. Donc la somme versée par le vendeur à l'acheteur comprend à la fois la restitution, le remboursement de ce qu'il avait reçu et le paiement de son dédit.

Il peut se faire — mais c'est un cas théorique — que les arrhes aient consisté non en argent, mais en un objet. L'hypothèse pourrait se présenter en cas d'échange d'objets mobiliers.

Si c'est celui qui a donné l'objet qui renonce à poursuivre le contrat, pas de difficulté, il en perd la propriété qui passe à celui qui jusque-là ne faisait que le détenir.

Est-ce, au contraire, celui qui a reçu l'objet à titre d'arrhes qui se dédit ? Il doit tout d'abord le rendre. Puis il deviendra débiteur d'un objet identique ou de même valeur, à défaut, d'une somme égale à la valeur de cet objet, estimée en cas de contestation par des experts.

Une dernière question est celle de savoir quelles sont les obligations, quelle est notamment la responsabilité du détenteur de l'objet remis à titre d'arrhes, jusqu'au jour où la faculté de dédit disparaît. Celui qui a reçu un tel objet n'en devient pas propriétaire puisque, quelle soit la solution qui interviendra, il le rendra. Il le reçoit seulement en gage, en garantie, il en est détenteur. Pothier⁽¹⁶⁾, imbu de la classification des fautes en trois catégories — faute lourde, faute légère, faute très légère — soutenait que le contrat étant intéressé des deux côtés, le détenteur est tenu de sa faute légère. De nos jours, cette classification n'est plus prise en considération; nous dirons simplement que celui qui a reçu un objet à titre d'arrhes est tenu — conformément à l'article 1157 du Code civil — d'apporter à la conservation de cette chose tous les soins d'un bon père de famille, il est tenu de sa *culpa levís in abstracto*.

§ 3. *Le contrat est inexécutable.*

Jusqu'ici nous avons raisonné sur des hypothèses normales; mais il peut arriver qu'à l'expiration du délai prévu ou au moment de la mise en demeure, le contrat devienne inexécutable: l'objet a disparu, un cas forfuit ou de force majeure empêche l'un des contractants de s'exécuter... comment la « loi des arrhes » va-t-elle s'appliquer ?

La nature même de la convention d'arrhes, telle que nous l'avons précisée, nous permet de répondre : si le contrat est inexécutable, la stipulation d'arrhes étant accessoire de l'obligation principale suit le même sort qu'elle : elle disparaît (art. 1227 du Code civil). Les arrhes seront donc rendues à celui qui les a versées.

Logiquement, d'ailleurs, le dédit ne peut être dû que lorsque l'un des contractants use de la faculté qui lui est réservée, opte librement pour cette solution, préférant perdre les arrhes et sortir du contrat plutôt que de rester

(16) *Op. cit.*, t. III, n° 497.

engagé et soumis aux obligations en résultant. Cette somme représente des dommages-intérêts éventuels : elle n'est dûe, c'est-à-dire que les arrhes ne sont abandonnées ou restituées au double que si l'inexécution des obligations du contrat est fautive, imputable à l'un des contractants, que si elle est réellement son fait. Le paiement du dédit sanctionne, avons-nous dit, l'attitude de celui des contractants qui se prévaut de cette clause et répare le préjudice causé à l'autre contractant : ce paiement ne peut être dû et exigé que si l'auteur de l'inexécution en est responsable et que si ce préjudice est causé par sa faute, lorsque le contrat devient inexécutable par cas forfuit ou force majeure, les arrhes seront rendues. D'ailleurs, sur quoi s'exercerait la faculté de dédit puisque le contrat devenant inexécutable disparaît ? Le dédit suppose quelque chose de préexistant à quoi on renonce : on ne renonce pas au néant.

La même solution interviendra également si le contrat est dissous par le mutuel consentement. L'article 1134, alinéa 2 du Code Civil, prévoit, en effet, le *mutuum dissensus* comme cause de dissolution des conventions. Dans ce cas, les arrhes n'ont plus d'objet puisque, d'une part, l'obligation principale disparaît et que, d'autre part, l'hypothèse d'une résiliation unilatérale qu'elle sanctionnait est écartée.

SECTION III.

Droits du créancier de l'obligation inexécutée.

Au moment où l'un des contractants se dédit, l'autre contractant, du fait que l'obligation dont il était créancier est inexécutée, a nécessairement des droits. Il est certain que les arrhes qu'il avait reçues lui sont définitivement acquises, qu'elles sont sa propriété ou bien que

celles qu'il avait versées vont lui être rendues, augmentées d'une somme identique, c'est l'application scrupuleuse de l'article 1590 du Code civil; en d'autres termes, l'exercice de la faculté de dédit, par l'un des contractants ou bien transforme l'objet de la créance de l'autre contractant qui, de créancier d'une obligation devient créancier d'une somme d'argent, ou bien lui donne la propriété définitive d'une somme d'argent. Mais, en dehors de ce droit au sujet duquel aucune difficulté ne s'élève, le contractant créancier de l'obligation inexécutée, celui qui subit le dédit, n'a-t-il pas d'autres droits ?

On peut se demander tout d'abord s'il n'est pas en droit d'exiger la résolution du contrat. En effet, lorsque l'une des parties se dédit, elle refuse de s'exécuter : mais cette inexécution se trouve justement être la condition à laquelle se trouve subordonnée l'application de l'article 1184 du Code civil. La question se résume en somme à savoir si la convention d'arrhes a écarté l'article 1184, si « la loi des arrhes » fait disparaître la résolution du contrat ?

Cette question semble sans intérêt, mais elle vient tout naturellement à l'esprit, après qu'on ait lu l'article 1657 du Code civil qui dispose : « En matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur après l'expiration du terme convenu pour le retraitement. »

Lorsqu'il s'agit de vente d'immeubles, comme nous n'avons pas de texte équivalent à l'article 1657, la réponse est très simple : ou bien il y avait un délai de prévu pour se dédire et on ne pourra mettre en demeure de s'exécuter ou de se dédire avant l'expiration de ce délai, mais à l'expiration du délai si un des contractants se dédit, il y aura résiliation du contrat, la résolution de l'article 1184 est certainement écartée. Les parties avaient réglé à l'avance les modalités de la disparition de leur contrat et l'article 1184 ne trouve certainement pas application.

Ou bien aucun délai n'était stipulé et si le contrat est maintenu, la loi des arrhes cesse de s'appliquer. Les arrhes viennent se compenser avec le prix et si le contrat était inexécuté par la suite, la résolution pourrait être demandée, mais les arrhes auraient disparu.

En somme, pour les ventes d'immeubles, la résolution se trouve écartée si le contrat est résilié par suite de dédit, ou reculée dans le temps.

En ce qui concerne les ventes mobilières, l'article 1657 vient apporter une exception à l'article 1184 et admettre sous certains conditions, la résolution de plein droit. Comment fonctionnera cet article dans le cas où des arrhes auront été versées ?

Duvergier⁽¹⁷⁾ distinguait deux cas :

1° Les arrhes ont été versées par le vendeur à l'acheteur : si au terme convenu pour le retirement, la chose vendue n'est pas retirée, le vendeur peut demander la résolution de la vente, c'est ce que décide expressément l'article 1657 et la dation d'arrhes ne peut mettre cet article en échec. Mais, d'autre part, les arrhes vont produire leur effet, c'est-à-dire qu'en plus de la résolution, le vendeur va obtenir restitution du double de la somme qu'il avait versée à titre d'arrhes.

Cette solution est la plus logique, l'acheteur qui ne prend pas livraison est censé se dédire : par la dation d'arrhes le vendeur avait une garantie supplémentaire.

2° Les arrhes sont versées par l'acheteur. Celui-ci a donc le droit ou bien de réclamer l'exécution de la vente, c'est-à-dire la livraison ou bien, au cas de refus, la restitution du double de la somme versée. Mais, s'il ne demande pas cette livraison, s'il laisse passer le délai prévu, le vendeur pourra demander la résolution sans être tenu de restituer les arrhes au double, il ne rend que ce qu'il a reçu.

Cette dernière solution pour paraît critiquable. En effet, par le fait même que l'acheteur laisse passer le délai pour prendre livraison de la marchandise vendue,

(17) Sur ce point : DUVERGIER, dans SEBIRE et CARTERET, *Encyclopédie du Droit*, v° Arrhes.

il s'est dédit et le vendeur doit conserver les arrhes reçues, elles sont le prix du dédit de l'acheteur. A notre avis, il ne faut faire aucune distinction selon la personne qui verse les arrhes : dans tous les cas, si le retirement n'est pas fait à temps, elles sont perdues. Les arrhes viennent ainsi renforcer l'article 1657 du Code civil et augmenter les droits du vendeur, l'acheteur étant exposé non seulement à la résolution mais à la perte des arrhes.

Les arrhes, dans ce cas, ne peuvent fonctionner contre le vendeur, elles se meuvent dans le cadre de l'article 1657, qui consacre un droit absolu au seul profit du vendeur : elles viennent seulement ajouter une garantie supplémentaire pour ce dernier.

Une dernière question se pose : le contractant qui subit le dédit, qui en conséquence, reçoit, au titre de la convention, le montant de la somme prévue, soit qu'il acquiesce définitivement celle reçue ou que, récupérant celle par lui versée, il reçoive en sus une somme équivalente, ce contractant est-il obligé de se contenter de ce qui a été prévu, ne peut-il demander des dommages-intérêts supplémentaires ? Certainement pas car le préjudice a été évalué d'avance, le montant de la réparation a été estimé, le prix du dédit est forfaitaire. « S'il a été stipulé un dédit — lisons-nous dans un arrêt du Tribunal de Lyon du 7 novembre 1905 (18). — il ne peut être alloué de dommages-intérêts autres que ceux qui ont été fixés par la convention qui fait la loi des parties. » Celui qui subit le dédit n'est pas plus fondé à réclamer plus que ce qui est convenu que celui qui se dédit ne se voit en droit de payer une indemnité moindre. L'article 1152 du Code civil s'y oppose qui déclare que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

(18) *Mond. Jud. de Lyon*, 26 mai 1906, *Gaz. Pal., Tables*, 1902-1907, v° Vente, p. 423. Il s'agissait en l'espèce de la résiliation de la vente d'un hôtel meublé à la suite d'un dédit.

Des dommages-intérêts supplémentaires ne pourraient être accordés que si la preuve d'un préjudice indépendant du dédit était faite, ce qui nous écarte de notre hypothèse.

TITRE II

LES ARRHERS CONFIRMATOIRES

Pour étudier les diverses questions que pose le fonctionnement des arrhes dans leur rôle confirmatoire, nous conserverons le même plan que précédemment, c'est-à-dire que nous distinguerons les arrhes-acompte et les arrhes-preuve, envisageant pour chacune d'elles la nature juridique et les relations entre les contractants.

Nous ne nous occuperons pas de la nature de la stipulation d'arrhes dans ces deux fonctions. En effet, si elles sont un acompte, les arrhes, ainsi que nous allons le voir, sont une partie du prix; il n'y a pas de clause spéciale, distincte du contrat principal, il y a seulement une sorte de convention tacite aux termes de laquelle celui qui les verse promet à l'autre contractant de donner suite au contrat, de payer le solde du prix, mais cette convention, loin de modifier le contrat principal, le renforce; elle ne saurait exercer aucune influence sur sa nature même. Si, au contraire, les arrhes sont remises pour faire preuve, la convention qui en fait l'objet n'a certainement et *a priori* aucune influence sur la nature du contrat dont elles attestent l'existence : le contrat est formé, aucun droit de se dégager n'est accordé aux particuliers.

Il ne nous reste donc à examiner que la nature juridique des arrhes confirmatoires et les rapports qui naissent à la suite de ce versement entre les contractants.

CHAPITRE PREMIER

LES ARRHES-ACOMPTE

SECTION I.

Nature juridique.

L'étude de la nature juridique des arrhes-acompte ne donne lieu à aucune difficulté. Les quelques auteurs qui ont étudié la matière sont tous d'accord. Reprenons l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris, du 29 novembre 1930 (1). Coosemaker avait acquis de Consecro une automobile Delage pour le prix de 22.500 francs sur lequel il avait versé, immédiatement, 2.500 francs à titre d'arrhes, le solde devait être payé quelques jours plus tard. Puis Canseco revend la voiture à un tiers avec la permission de Coosemaker, mais refuse de rendre les arrhes prétendant qu'elles représentaient le dédit du premier acheteur. La Cour de Paris l'a condamné, à juste titre, à rendre ladite somme de 2.500 francs qui constituait un acompte sur le prix.

Cet arrêt nous montre le contenu des arrhes-acompte: un paiement partiel et anticipé.

C'est d'abord un paiement, c'est-à-dire un mode d'ex-

(1) *Gaz. Pal.*, 1931, 1^{er} semestre, p. 128.

tion d'une obligation. L'acheteur qui verse 2.500 francs d'arrhes paie une somme, ou partie d'une somme, qu'il doit. Il ne donne pas quelque chose en sus du prix, une garantie supplémentaire, il ne fait que payer ce qu'il doit. A ce titre les arrhes-acompte constituent un commencement d'exécution.

En effet — c'est le deuxième caractère —, ce paiement n'est pas total, l'acheteur ne verse pas tout ce qu'il doit, le paiement n'est que partiel. Il verse à titre d'arrhes une partie de son prix, somme qui viendra s'imputer sur le prix, qui viendra en déduction. Dans notre espèce, l'acheteur, débiteur de 22.500 francs, verse 2.500 francs d'arrhes, ne doit plus que 20.000 francs.

Enfin ce paiement est anticipé, c'est-à-dire que l'acheteur commence à s'exécuter avant qu'il n'y soit obligé de par les termes du contrat. Le prix n'est dû qu'à la livraison de la voiture, mais dès la signature de la vente, l'acheteur verse une petite partie de son prix entre les mains du vendeur. Cette modalité du paiement est caractéristique des arrhes, ce caractère est révélateur de la signification profonde des arrhes, qui est une garantie. Le vendeur en recevant immédiatement cette somme devient plus sûr que l'acheteur, donnera suite au contrat. C'est une preuve de sa volonté de s'engager que l'acheteur donne au vendeur, en commençant à s'exécuter, avant qu'il n'y soit contraint.

Le fait que les arrhes-acompte sont un paiement, une exécution de l'obligation, entraîne les conséquences suivantes :

1° Tout d'abord — nous l'avons déjà dit — la somme versée à ce titre, s'impute sur le prix, est en compte sur le prix; celui qui l'a versée n'est plus débiteur que du solde.

La différence est donc très nette avec les arrhes-dédit. Dans ce cas, en effet, les arrhes ne font pas pertie du prix, c'est une somme remise immédiatement par l'un des contractants à l'autre pour prix de son dédit éventuel, il reste débiteur du prix stipulé dans le contrat, il ne peut en déduire ce qu'il a déjà versé.

2° Ceci entraîne une conséquence importante en ce qui concerne la lésion. Si nous supposons qu'une vente accompagnée d'arrhes-acompte soit rescindée par la suite pour cause de lésion, le prix qui servira à établir la lésion devra comprendre les arrhes. Au contraire, si les arrhes étaient interprétées comme moyen de dédit, le prix envisagé pour la lésion ne devrait pas comprendre le montant des arrhes.

3° Enfin, lorsqu'un contrat accompagné d'arrhes-acompte sera résolu, il y aura une restitution du prix et des accessoires. Les arrhes seront restituées dans le prix, c'est-à-dire que celui-ci comprendra les arrhes et le solde, les accessoires étant constituées par tout ce qui a été donné en sus du prix.

Le caractère partiel de ce paiement fait que les arrhes-acompte semblent constituer une exception à l'article 1244 du Code civil, aux termes duquel « le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ».

En effet, un débiteur pourra toujours verser des arrhes à son créancier; cette exception s'explique par les conditions mêmes dans lesquelles ce versement s'effectue, conditions différentes de celles prévues par l'article 1244. Ce qui est interdit au débiteur sans le consentement du créancier, c'est un paiement partiel lorsque sa dette est échue, est exigible. Le créancier est en droit d'exiger la totalité de ce qui lui est dû.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'arrhes, la dette n'est pas exigible par hypothèse puisque le débiteur verse un acompte, une portion de son prix d'avance. Le mot acompte contient en effet l'idée d'antériorité. Puisque la dette entière n'est pas exigible, le créancier ne peut pas l'exiger. On ne comprendrait pas, au surplus, qu'il refuse ce prix partiel qui lui fournit une garantie.

Nous avons poussé le raisonnement jusque dans ses derniers retranchements car, en pratique, c'est du consentement des deux parties que les arrhes sont versées, — ce qui écarte l'article 1244 du Code civil —, ou même c'est le créancier qui exige ce versement immédiat, ne consentant qu'à cette seule condition à ce que l'échéance soit reculée.

Remarquons enfin que c'est cette dualité de caractère de ce paiement — partiel et anticipé — qui permet de préciser à quelles conditions les acomptes sont des arrhes, de savoir en présence d'un versement s'il s'agit d'arrhes ou non.

Ainsi les versements fractionnés dans une vente à tempérament ne sont pas des arrhes, même, contrairement à ce qu'on pourrait croire, le premier versement. Le prix total est en effet versé partiellement, mais les diverses époques d'exigibilité sont prévues, il n'y a aucune anticipation. L'idée d'antériorité inhérente aux arrhes et qui est révélatrice de leur fonction de garantie est absente. La vente par paiements échelonnés est fréquente; de nombreux commerçants désireux de développer leur commerce, réduits par les conditions économiques actuelles, donnent par ce mode de vente des facilités aux acheteurs, surtout dans les classes modestes. Nombreux sont les individus qui ne peuvent verser en une seule fois le prix d'un vêtement, d'une maison, d'une automobile⁽²⁾, d'un poste de téléphonie sans fil, etc... Ils pourront se procurer ces objets en versant le prix par faction. On pourrait croire que le premier versement constitue des arrhes-acompte. N'est-ce pas, en effet, une partie du prix versée au moment de la conclusion du contrat, par un contractant à l'autre ? Certes, mais ce paiement partiel n'est pas anticipé, il doit être effectué à cette époque et le vendeur peut contraindre l'acheteur à lui verser. Au contraire, aucune obligation au sens juridique du mot n'existe pour l'acheteur de verser des arrhes.

(2) Une loi récente du 29 décembre 1934 est venue réglementer la vente à tempérament des automobiles. Chronique de M. CAPI-TANT au D. H., 1935, p. 9.

SECTION II.

**Relations juridiques
entre celui qui verse les arrhes
et celui qui les reçoit.**

Les rapports qui s'établissent entre contractants à la suite d'un versement d'arrhes viennent, par suite de la convention tacite dont nous avons parlé, resserrer les liens qui existent déjà entre eux. Ces rapports sont donc ceux de contractants.

La seule question qui se pose est la suivante : au cas où l'un des contractants refuse de s'exécuter, l'autre est en droit d'exiger l'exécution, en nature ou à défaut en équivalent; cela résulte de la conclusion ferme du contrat, c'est-à-dire qu'aucun droit de dédit n'existait, l'acompte versé étant même venu attester cette fermeté. Si le débiteur qui refuse de s'exécuter est reconnu fautif, c'est-à-dire que l'inexécution lui est imputable à faute, les dommages-intérêts auxquels il pourra être condamné s'imputeront-ils sur ce qui a été versé ? La réponse n'est pas douteuse. Puisque les arrhes étaient en compte sur le prix, qu'elles étaient un commencement d'exécution, elles s'imputeront sur les dommages-intérêts. Ces derniers représentent, en effet, l'exécution de l'obligation en équivalent. Si aucune imputation n'avait lieu, il y aurait à concurrence du montant des arrhes double exécution, double paiement. Cette solution suppose évidemment que c'est le contractant qui a versé les arrhes qui est condamné à des dommages-intérêts.

Si, au contraire, c'est celui qui a reçu les arrhes qui doit verser des dommages-intérêts, la logique commande qu'il rende les arrhes en sus de l'indemnité à laquelle il

est condamné ? C'est ce qu'a décidé le Tribunal de Lyon dans un arrêt du 14 janvier 1898⁽³⁾. Le vendeur d'une automobile qui avait reçu des arrhes de son acheteur refuse de livrer le véhicule au jour fixé. L'acheteur en éprouve un préjudice dont il demande réparation, car l'automobile n'était pas une voiture de plaisance, mais était destinée à un usage commercial. Des dommages-intérêts lui sont accordés, mais « le vendeur — ajoute l'arrêt — est tenu à la restitution de l'acompte qu'il a reçu ».

Cette solution est équitable, l'acompte qui représentait la garantie de l'acheteur de payer son prix est sans objet entre les mains du vendeur, si c'est lui qui manque à ses obligations.

Si l'un des contractants prouve que l'inexécution ne lui est pas imputable, qu'il y a cas fortuit ou force majeure, le contrat disparaît et l'acompte doit être restitué, il serait sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue, la garantie est devenue sans objet; mais pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il y ait véritablement cas fortuit ou force majeure, c'est-à-dire un événement général, imprévisible rendant toute exécution absolument impossible. Il n'est pas admissible qu'un vendeur puisse se réfugier derrière une clause prévoyant que le défaut de livraison ne comporterait d'autre sanction que l'annulation de la commande et la restitution au double des arrhes à défaut de tous autres dommages-intérêts, pour se dérober systématiquement à l'exécution de marchés lorsque cette exécution est devenue simplement plus onéreuse ou moins avantageuse. La jurisprudence l'a très nettement déclaré dans l'espèce suivante : La Société Citroën avait passé des contrats avec des acheteurs d'automobiles; ceux-ci avaient immédiatement versé des arrhes comme acompte. Ces contrats contenaient une clause donnant à l'acheteur le droit de résilier le contrat dans les deux mois si la voiture n'était pas livrée à l'époque prévue, la Société Citroën remboursant l'acompte avec l'intérêt à six pour cent. Or, la livraison des voitures

(3) *Moniteur judiciaire de Lyon* du 4 février 1898.

devint, par la suite, très onéreuse pour elle : ne pouvant invoquer à son profit ladite clause prévue seulement en faveur de l'acheteur, elle essaya de dire qu'il y avait force majeure, que le contrat était rompu; en conséquence elle offrait de rembourser l'acompte reçu. Ce raisonnement fut repoussé à plusieurs reprises⁽⁴⁾ et la Société Citroën fut condamnée avec des astreintes à livrer les voitures vendues.

Enfin, il est évident que l'acompte serait également rendu si les parties renonçaient d'un commun accord au contrat qu'elles avaient conclu.

Ajoutons, pour terminer, que les solutions seraient les mêmes si les arrhes consistaient en un objet — ce qui pourrait avoir lieu de la part d'un débiteur de plusieurs objets, et qui donnerait un de ceux-ci en acompte. Des estimations devraient avoir lieu en cas de restitution, car le contractant qui reçoit un tel objet en devient immédiatement propriétaire. Il peut donc en disposer. Si donc une restitution devenait nécessaire et que l'objet ait disparu, il serait tenu seulement d'en fournir la valeur.

(4) Seine, 16 décembre 1919; Rouen, 18 décembre 1919; Saint-Nazaire, 28 janvier 1920; Marseille, 3 février 1920; Perpignan, 10 février 1920; Seine, 7 mai 1920; rapporter au D. P. 1920-2-33.

CHAPITRE II

LES ARRHES-PREUVE

SECTION I.

Nature juridique.

La somme remise à titre d'arrhes a marqué le moment où les parties sont passées de la phase des pourparlers, des projets, à celle du contrat proprement dit : l'instant fugitif, de la transition entre ces deux phases, c'est-à-dire la conclusion même du contrat, est marqué par la remise des arrhes. Dans quelle mesure cette remise peut-elle prouver le contrat ?

Le législateur n'ayant pas réglé expressément cette question — il n'a fait allusion aux arrhes-preuve que dans l'article 1715 du Code civil relatif au bail verbal, article que nous commenterons plus loin —, c'est le droit commun en matière de preuve qui s'applique, le principe s'en trouve dans les articles 1341 et suivants du Code civil, modifiés par la loi du 1^{er} avril 1928. « Il doit être passé acte devant notaires ou sous-signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cinq cents francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir

été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq cents francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. » (Art. 1341).

Il en résulte donc qu'à défaut d'écrit, les arrhes remises au moment de la conclusion du contrat ne feront la preuve de cette dernière que dans la mesure où le contrat n'excédera pas cinq cents francs; s'il est supérieur à cette somme, les arrhes seront impuissantes à en prouver l'existence, à moins que leur remise ait été constatée par écrit, hypothèse invraisemblable, car les parties qui se donneront la peine de rédiger un écrit, ne constateront pas seulement la remise des arrhes mais également la formation du contrat. Cette opinion est celle de tous les auteurs, elle est confirmée par un argument *a contrario* tiré de l'article 1715. Ce texte écarte, pour le bail fait sans écrit, la preuve par témoins, « quelque modique qu'en soit le prix et quoi qu'on allègue, qu'il y a eu des arrhes données ». Si le législateur a éprouvé le besoin de dire, dans un texte spécial que les arrhes ne prouveraient pas le bail verbal quel qu'en soit le prix, s'il a assimilé quant aux conditions d'admissibilité la preuve résultant de l'audition de témoins et celle provenant d'une dation d'arrhes, c'est que cette affirmation était nécessaire pour déroger — en ce qui concerne le bail verbal — à une règle générale, celle même qui est inscrite dans les articles 1341 et suivants.

Les arrhes-preuve ont néanmoins un rôle très restreint, car il est rare que d'une part aucun écrit ne soit dressé, et que, d'autre part, les arrhes ne remplissent que ce rôle: le plus souvent elles cumuleront la fonction de preuve avec celle d'acompte ou de dédit. Et alors, en cas de litige c'est la question du commencement d'exécution ou de la possibilité de se dédire qui se posera, c'est-à-dire que les juges accorderont ou non au créancier le droit d'exiger l'exécution du contrat, l'existence même de celui-ci étant considérée comme acquise. C'est toujours cette contrainte à l'exécution du contrat qui

sera en jeu, la question de preuve ne se posera que sous cet angle.

Les arrhes-preuve ne présentent donc aucune originalité et ceci en limite l'application :

En premier lieu, et conformément au paragraphe 2 de l'article 1341 du Code civil et à l'article 109 du Code de commerce, dans les contrats commerciaux, la preuve testimoniale est admise « dans tous les cas où le Tribunal croira devoir l'admettre », quelle que soit la valeur du contrat. Nous avons constaté que les contrats, accompagnés de versements d'arrhes étaient souvent de nature commerciale, les principes de l'article 1341 du Code civil se trouveront ainsi souvent écartés.

En deuxième lieu, en présence de contrats civils, les arrhes pourront faire preuve, même si le contrat excède cinq cents francs, lorsque l'article 1341 se trouve écarté, notamment en cas d'impossibilité de se procurer une preuve par écrit (art. 1348). Ainsi la question s'est posée de savoir dans quelle mesure le denier à Dieu remis au domestique pouvait faire la preuve du contrat de louage de services, intervenu entre le maître et lui ? Certainement jusqu'à cinq cents francs. Mais l'écrit étant très rare en cette matière, cette preuve ne sera jamais possible car le montant des gages des domestiques, même les moins payés dépassent ordinairement cette somme. Ce n'est pas, en effet sur le salaire d'un mois qu'il faut se baser; il faut calculer ce que le maître devra au domestique à la fin du contrat, ce sont donc en général les appointements annuels qu'il faut considérer. Pour admettre la preuve du contrat par la remise du denier à Dieu, il faudrait supposer un salaire mensuel inférieur à cinquante francs par mois, taux inusité actuellement. A notre avis, nous sommes dans un cas où la preuve doit être reçue sans limitation, car il y a impossibilité morale de se procurer un écrit, les relations entre maître et domestiques sont de nature telle qu'il est impossible de réclamer un écrit : « Une telle réclamation impliquerait dans les rapports de celui qui paie et de celui qui reçoit une certaine défiance incompatible avec

le caractère des relations qui doivent nécessairement s'établir entre le maître et le serviteur » (1).

Toute la doctrine s'est aperçue du rôle infime des arrhes comme preuve d'un contrat. Aussi certains auteurs se sont-ils demandé si dans ce cas les arrhes ne pourraient pas être considérés comme un commencement de preuve par écrit. Pour répondre à cette importante question, examinons si, d'une part, la définition du commencement de preuve par écrit peut s'appliquer aux arrhes et d'autre part, quelle serait l'utilité d'une telle extension.

Le commencement de preuve par écrit est « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est fournie, ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué » (art. 1347 Code civil). Pour que cette définition puisse s'appliquer à un versement d'arrhes, il faut supposer un écrit constatant ou faisant simplement allusion à ce versement sans rien dire sur sa signification. La tendance actuelle de la jurisprudence est d'amettre très largement le commencement de preuve par écrit (2); une lettre, une simple note suffisent, dès lors que le fait allégué est vraisemblable. Du seul point de vue de la définition, il semble qu'on puisse admettre un écrit quelconque, lettre, note, etc., mentionnant un versement d'arrhes, rende vraisemblable l'existence d'un contrat et puisse être utilisé aux fins de preuve.

Certains auteurs ont cru trouver l'avantage suivant à faire des arrhes un commencement de preuve par écrit :

L'article 1715 du Code civil mentionne que « lorsque le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution

(1) Req. 1^{er} mai 1911, S. 1911-1-305, note de M. *Huqueney*. Dans le même sens, deux arrêts de Justice de Paix de Merdrignac et Mirambeau, cités dans *PERSONNAZ*, *op. cit.*, pp. 24 et 25. L'auteur se prononce en sens contraire; cette opinion est vieillie, elle serait sans doute modifiée par la jurisprudence actuelle. En notre sens : *CAPITANT*, *op. cit.*, n° 479, p. 443; *MILHAUD*, Répertoire des justices de paix, 1932, t. 2, p. 711.

(2) Cf. Crim., 27 mars 1934, D. H. 1934, p. 238.

et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins quelque modique qu'en soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données ». Si, disent ces auteurs⁽³⁾ la remise d'arrhes pouvait s'interpréter comme un commencement de preuve par écrit, la preuve par témoins serait alors admissible : En effet, si l'article 1347 est une exception au principe restrictif de l'article 1341 du Code civil, rien ne prouve que l'article 1715, qui déroge au principe, ait entendu déroger à l'exception. Le contraire, ajoutent-ils, doit même être présumé car les articles 1341 et 1715 font allusion au chiffre de l'intérêt du litige, alors que l'article 1347 est indépendant de toute question de quotité. Et, concluent ces auteurs, l'article 1715 est dérogatoire au droit commun des preuves, il doit donc être interprété restrictivement; il ne constitue une exception que pour l'article 1341 et non par rapport à l'article 1347 du Code civil.

Si cette opinion était exacte, les arrhes joueraient un rôle capital en matière de bail : malheureusement elle se heurte à de graves critiques, et elle est rejetée par la jurisprudence.

Le but du législateur est manifeste. Lorsqu'une contestation naît au sujet de l'existence du bail verbal, le législateur a entendu prohiber la preuve par témoins d'une façon formelle. Si le bail n'a reçu aucune exécution — si en effet un commencement d'exécution avait eu lieu, la question de la preuve ne se poserait plus — la preuve ne pourra jamais être faite par témoins, « quelque modique qu'en soit le prix », c'est-à-dire même si le contrat est inférieur à cinq cents francs, limite ordinaire de la preuve testimoniale, et même si des arrhes ont été données. Donc, alors même que le locataire a remis des arrhes au bailleur, il n'en résulte

(3) AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. V, § 364, note 18; LAURENT, *op. cit.*, t. XXV, n° 74 et 74 bis; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.*, t. I, n° 211; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *op. cit.*, t. 7, n° 162 bis, IV et VI. Cf. également Req., 1^{re} août 1867, S. 1867-1-373.

pas que leur remise ait eu pour objet de constater juridiquement la formation du bail et il est impossible de prouver par témoin que telle a été leur signification. Le motif de la loi a été d'éviter les enquêtes longues et coûteuses. Dès lors, vouloir faire des arrhes un commencement de preuve par écrit pour faciliter l'admission de la preuve testimoniale, c'est, par un détour, rétablir ce que le législateur a écarté, c'est se mettre en contradiction évidente avec l'esprit du Code.

La jurisprudence l'a fort bien vu qui s'est fixée dans le sens du refus de l'admission de la preuve testimoniale pour prouver le bail même s'il existe un commencement de preuve par écrit (4).

La preuve d'un tel bail ne pourra donc résulter que de l'aveu à la suite d'une procédure d'interrogatoire sur faits et articles, du serment ou de la preuve, faite par écrit, que la remise des arrhes constituait dans l'intention des contractants un commencement d'exécution du contrat (5).

Enfin, on ne peut pas ne pas être frappé par la faiblesse et la spéciosité de l'argumentation des auteurs précités : encore qu'il paraisse surprenant qu'un texte ne déroge qu'au principe sans déroger aux exceptions, nier la connexité entre les articles 1341 et 1347 du Code civil, c'est nier l'évidence. Ces deux articles se complètent : l'article 1347 ne s'interprète qu'en fonction de l'article 1341 et en l'absence de volonté expresse du législateur ; on ne peut admettre la rupture de cette harmonie : La formule tranchante de l'article 1715 ne permet aucun doute.

La question de donner à la seule convention d'arrhes

(4) Voir notamment Civ., 26 novembre 1873, S. 1874-1-430; Reg., 28 juin 1892, S. 1892-1-417; Riom, 3 mai 1913, *Gaz. Trib.*, 1913,1-2-403; Civ., 25 janvier 1905, D. P. 1905-1-135; Seine, 16 février 1928, *Gaz. Pal.*, 9 juin 1928, et les arrêts cités dans PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. X, p. 578, § 489, *Rev. trim. Droit civil*, 1921, p. 342.

(5) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.*, t. I, n° 195, 196 et 209.

la valeur d'un commencement de preuve par écrit a été posée d'une façon plus générale, par l'auteur d'une note au Dalloz 1928 sous l'arrêt déjà rapoprté de la Chambre des Requêtes du 26 décembre 1927 ⁽⁶⁾. Lorsqu'une vente est conclue, que des arrhes sont versées par l'acheteur et que le juge les interprète comme un dédit, la partie à qui l'on oppose cette prétendue convention de dédit n'est-elle pas fondée à se prévaloir de l'article 1341, à savoir que l'« on ne peut rien prouver contre, ni outre le contenu des actes » ?

Il est certain que celui qui prétend que la convention est modifiée par une clause accessoire non contenue dans l'acte peut faire interroger son adversaire sur faits et articles ou lui déférer un serment litis-décisoire, qu'en tout cas il n'est autorisé à prouver par témoins l'existence de telles clauses que s'il a un commencement de preuve par écrit. Faire des arrhes un commencement de preuve par écrit rendrait inadmissibles les présomptions tirées des circonstances...

En d'autres termes, le rôle des arrhes en tant que mode de preuve propre serait négligeable, son utilité se révélerait du fait que rendant vraisemblable le fait allégué, elles permettraient soit l'audition de témoins sans limite, soit l'utilisation de présomptions.

Nous ne pouvons admettre cette opinion. En effet, le juge, en cas de doute, s'appuiera pour interpréter le versement d'arrhes sur les différentes présomptions résultant des circonstances ayant entouré la formation du contrat ; car c'est bien une question d'interprétation du contrat qui se posera : la partie qui voudra se dédire soutiendra que les arrhes ont été versées conformément à l'article 1590 Code civil, l'autre prétendra qu'elles n'étaient qu'un acompte, un commencement d'exécution excluant la possibilité de se retirer : et le juge tranchera ce litige en faisant état de l'intention des parties, des circonstances, usages, relations, etc..., ou à défaut, et en dernière analyse, en s'inspirant de la présomption légale

(6) D. P., 1928-1-186.

contenue dans l'article 1590. Il est inexact, au surplus, de dire que celui à qui on oppose le dédit peut répondre que l'« on ne peut rien prouver contre ni outre le contenu aux actes »; la remise d'arrhes implique tacitement une clause de dédit, seules les circonstances — dont nous avons donné un aperçu plus haut — pourront venir détruire cette présomption portée par l'article 1590.

Nous refuserons donc d'assimiler les arrhes à un commencement de preuve par écrit, cela n'ajouterait rien au but rempli par elles.

Au cas où les arrhes remises à titre de preuve consistent en un objet déterminé — c'est un cas d'école à notre époque — l'opération s'analyse alors comme un gage, un nantissement, ce qui est conforme à l'origine historique (*απαβολή* — gage). Mais il faut entendre le mot gage, non dans son sens juridique, mais dans son sens vulgaire, c'est-à-dire garantie. L'acheteur donne ainsi un gage de sa bonne foi. Mais il n'y a pas de gage au sens propre du terme car, d'une part, le vendeur devient propriétaire de l'objet reçu, et, d'autre part, il n'y a aucune équivalence entre la valeur du gage et le montant de l'obligation à garantir.

SECTION II.

Relations juridiques entre celui qui donne des arrhes et celui qui les reçoit.

Ces rapports sont réduits au minimum du fait que cette catégorie d'arrhes ne fait pas partie du prix du contrat que leur remise tend à prouver, que celui qui les reçoit en devient immédiatement propriétaire. La seule question est de savoir ce que deviennent ces arrhes au cas où le contrat est inexécuté.

Il est certain que le créancier a le droit de pour-

suivre l'exécution en équivalent, les arrhes étant intervenues non comme réparation éventuelle du préjudice inhérent à l'inexécution, mais au contraire pour confirmer le contrat : ce dernier étant conclu et confirmé doit être exécuté.

Le créancier, pour obtenir réparation, n'aura qu'à prouver l'inexécution et à mettre son débiteur en demeure; celui-ci ne pourra se libérer qu'en prouvant qu'il y a eu cas fortuit ou force majeure.

Supposons que le créancier obtienne gain de cause et que des dommages-intérêts lui soient accordés, les arrhes ne s'imputeront pas sur le montant de ces dommages-intérêts : la substitution de l'exécution en équivalent à l'exécution en nature n'a aucune influence sur la remise des arrhes qui n'ont été que le signe extérieur de la conclusion du contrat. Leur remise est indépendante du mode d'exécution du contrat.

Si, au contraire, le créancier échoue, le débiteur prouve que l'inexécution ne lui est pas imputable, les rapports de contractants cessent entre eux, les arrhes doivent être restituées car elles seraient sans cause entre les mains de celui qui les avait reçues. Cette restitution doit avoir lieu, que l'inexécution provienne du fait de celui qui a reçu ou de celui qui a versé les arrhes.

APPENDICE

LES ARRHERS EN DROIT FISCAL

L'attitude de la Régie, en face des contrats avec arrhes est intéressante à considérer car, en bonne logique, elle doit représenter la consécration pratique des principes que nous avons dégagés.

L'idée générale qui naît de notre étude est la suivante : un contrat qui s'accompagne d'un versement d'arrhes, est conclu, formé, parfait, dès l'échange des consentements, quelle que soit la fonction remplie par les arrhes : celles-ci viendront, soit confirmer le contrat, soit permettre dans l'avenir sa disparition, mais aucun doute n'est permis sur son existence actuelle; il est faux de dire : le contrat se formera si aucun des contractants ne se retire, il est d'ores et déjà conclu. La question qui se pose est celle de sa disparition, non celle de son existence. En conséquence, au point de vue strictement fiscal, le droit proportionnel propre à la nature du contrat conclu doit toujours être perçu : les arrhes n'ont aucune influence tant sur l'imposition que sur la perception des droits d'enregistrement.

Ainsi, dans le cas d'une vente, mobilière ou immobilière, accompagnée d'arrhes, le droit proportionnel de 7 % ou de 13,50 % selon la nature des biens vendus (1)

(1) Loi du 28 décembre 1934 portant codification des textes législatifs concernant les droits d'enregistrement, art. 450 et suivants.

est exigible quelle que soit le rôle attribué aux arrhes. De même, en matière de bail (droit de 0,80 %), d'échange (5,50 %), etc... Si, au contraire, il s'agit d'une promesse unilatérale de vente accompagnée d'une remise d'arrhes, le droit fixe de 22 fr. 50 est seul dû, puisqu'il n'y aura mutation que le jour où l'option sera levée.

La Régie n'accepte pas entièrement ces solutions; une fois de plus, un divorce s'établit entre le droit civil et le droit fiscal.

La Régie fait la distinction suivante : si les arrhes jouent un rôle confirmatoire, preuve ou acompte, le droit proportionnel est dû et l'acte qui constate le versement d'arrhes équivaut à l'acte de mutation et doit être tarifé comme tel. Si, au contraire, les arrhes sont interprétées d'après l'article 1590 du Code civil, leur remise imprime au contrat un caractère conditionnel; il est considéré comme affecté d'une condition suspensive négative, il ne se formera que si aucun des contractants ne se retire. Par conséquent l'acte contenant ces conventions, s'il est présenté à la formalité, n'acquittera que le droit fixe de 22 fr. 50 et ne sera passible du droit proportionnel que lorsque la condition ne pourra plus se produire. Les arrhes-dédit ont donc pour effet de suspendre l'exigibilité du droit proportionnel de mutation, tant que la faculté de dédit est possible⁽²⁾. Seul l'abandon des arrhes, lorsque le dédit est exercé, donne lieu au droit proportionnel de 0,75 %.

Championnière et Rigaud⁽³⁾ justifient la thèse de la Régie par l'argument suivant : la stipulation d'arrhes-dédit rend — disent-ils — la disposition alternative pour chacun des contractants; jusqu'à l'option le caractère de la convention est en suspens : il n'y a pas condition

(2) Voir sur ce point : MAGUERO, *Traité alphabétique des droits d'Enregistrement, du Timbre et d'Hypothèques*, 2^e édit., 1909. Vente d'immeubles, v^o Arrhes, n^{os} 22, 196-E, 267-D; CASTILLON, *Manuel formulaire de l'Enregistrement, des Domaines et du Timbre*, 9^e éd., 1932, revue par R. POURRILHON, p. 876, n^{os} 67 et 68.

(3) Tome III, n^{os} 2050 à 2056.

résolutoire car les arrhes constituent pour les parties, non le droit de résoudre, mais la faculté de ne pas exécuter; le caractère de condition suspensive est nettement déterminé puisque chacune des obligations est subordonnée non seulement au choix de celui qui contracte, mais encore à celui de l'autre partie.

Ce qui anéantit ce raisonnement, c'est que la Régie pose le principe qu'une simple clause de dédit ne modifie pas le caractère du contrat qu'elle sanctionne, et que le droit proportionnel est exigible⁽⁴⁾. Or nous avons vu qu'aucune différence de principe n'existe entre un contrat avec arrhes et un contrat avec une clause de dédit : le but est le même.

On a tenté de dire pour justifier la perception du droit fixe de formalité que la Régie ne pouvait percevoir le droit de vente, d'échange, etc., car ces opérations n'auraient peut être jamais lieu. Ceci est faux, car malgré la restriction qu'indiquent les arrhes, la propriété n'en est pas moins passée par le seul et simple effet du consentement, d'un patrimoine dans un autre. Les parties n'ont pas entendu, en se versant des arrhes, se réserver la faculté de conclure ultérieurement une vente : celle-ci est immédiate. Elles ont désiré seulement garder la possibilité de ne pas exécuter les obligations qui leur incombent. Le sort de la vente est incertain, son existence est certaine⁽⁵⁾. Le droit proportionnel de mutation devrait donc être exigé.

La différence avec la simple clause de dédit est inexplicable; nous ne sommes pas dans un cas légitime d'antinomie entre la loi civile et la loi fiscale; la crainte de difficultés, au cas où le contrat est résilié, ne se justifie pas puisque la restitution des droits n'est pas permise: elle n'a lieu, en effet, que si l'annulation est judiciaire, l'annulation amiable est exclue de cette hypothèse. « Dans tous les cas où il y a lieu à annulation, les droits

(4). CASTILLON, *op. cit.*, n° 69.

(5). Cf. RAVOIRE, Des promesses de vente en droit civil et en droit fiscal (*Thèse, Montpellier, 1896*).

perçus sur l'acte annulé, résolu ou rescindé, ne sont restituables que si l'anulation, la résolution ou la rescission a été prononcée par un jugement ou un arrêt, passée en force de chose jugée » (loi du 28 décembre 1934, article 282) (6).

Donc l'acte par lequel l'une des parties déclare se prévaloir de la clause de dédit ne donnera pas lieu à la restitution des droits perçus, seul l'acte constatant l'abandon des arrhes sera passible du droit de 0,75 %.

(6) CASTILLON, *op. cit.*, p. 552, n° 7; Cass., 16 mars 1925. Instruction générale de l'administration de l'Enregistrement, n° 3872-3.

CONCLUSION

Au cours de cette étude, nous avons envisagé les arrhes telles qu'elles fonctionnent à notre époque. Elles nous sont apparues comme une garantie, comme une des sanctions du grand principe moral du respect des engagements. Elles font partie de l'organisation de notre commerce, leur rôle est important et leur emploi fréquent.

Notre conclusion se fera à un double point de vue : historique et législatif.

Si nous replaçons cette institution dans son cadre historique, pour la considérer dans le temps après l'avoir envisagée dans l'espace, si, en d'autres termes, nous voulons marquer les phases de son évolution, nous constatons que celles-ci sont au nombre de quatre :

Primitivement le rôle de preuve était le plus important; les arrhes étaient indispensables dans des législations où le principe de la consensualité des contrats n'était pas établi.

Ce rôle se précise, s'accroît; les contractants se rendent compte que le meilleur moyen de prouver la conclusion de leur contrat est de commencer à l'exécuter; la somme versée à titre d'arrhes devient plus forte : celles-ci cessent d'être un signe, elles deviennent un acompte.

A ce premier stade de l'évolution, les arrhes sont uniquement confirmatoires, l'inexécution par l'une des parties de ses obligations n'est pas prévue, les dommages-intérêts qui pourront être dûs seront compensatoires : les arrhes restent intactes, aucune imputation ne se fera.

Une deuxième période commence : si l'inexécution n'est toujours pas prévue, le progrès consiste à imputer les dommages-intérêts dûs dans ce cas sur les arrhes reçues. Celles-ci dès lors perdent leur rôle exclusif de confirmation du contrat; elles commencent à participer de la réparation du préjudice causé.

Avec la troisième phase les arrhes prennent toute leur signification de garantie : elles garantissent non seulement l'exécution du contrat, mais la réparation du dommage subi en cas d'inexécution : celle-ci est prévue, l'étendue du préjudice est appréciée d'avance, les arrhes constituent des dommages-intérêts éventuels.

Enfin — dernière période — le rôle originaire s'estompe complètement : créée pour assurer l'exécution du contrat en empêchant chaque partie de se dédire impunément, la remise des arrhes est devenue un moyen de dédit.

A notre époque, les trois fonctions des arrhes qui se sont succédées se trouvent sur le même plan : seul leur degré d'utilité les sépare et justifie l'usage plus fréquent des arrhes-moyen de dédit que des arrhes-acompte ou preuve.

Les arrhes-preuve n'ont plus qu'un rôle latent : rarement les contractants en se versant des arrhes auront comme seul objectif de se réserver un moyen de preuve : le contrat peut être prouvé par des moyens nombreux et nettement précisés dans le Code. Il n'en reste pas moins que derrière la fonction de dédit ou d'acompte des arrhes, celle de preuve existe toujours, dernier vestige du rôle initial des arrhes. Mais on peut dire qu'à notre époque les arrhes sont de deux catégories : ou bien un acompte, ou bien un moyen de dédit.

Au point de vue législatif, la nature juridique des arrhes, telle que nous l'avons dégagée, nous amène à critiquer l'article 1590 du Code civil, tant au point de vue de sa rédaction qu'au point de vue de sa place dans le Code.

Cet article ne fait mention que de la fonction de repentir des arrhes; la notion confirmatoire est le pro-

duit de la seule pratique des affaires. Mais le rôle du législateur n'est-il pas justement de consacrer officiellement, de préciser dans un texte clair ce qui se fait. Le projet de Code franco-italien des obligations ⁽¹⁾ laisse entrevoir la fonction confirmatoire — acompte ou preuve — puisqu'il dit : « Sauf clause ou usage contraire, les arrhes fournies lors de la conclusion d'un contrat sont considérées comme destinées à réparer... ». Nous souhaitons qu'au jour — inévitable — d'une révision de notre Code, les arrhes fassent l'objet d'un article clair, mettant en relief et leurs différents rôles et leur nature : l'article 170 du projet franco-italien pourrait être pris comme modèle.

Quant à la place qu'un tel article devrait occuper dans notre Code révisé, elle nous est indiquée par la nature juridique des arrhes. Qu'il s'agisse d'acompte ou de moyen de dédit, les arrhes affectent uniquement l'exécution du contrat : elles constituent ou un paiement ou la réparation d'un préjudice résultant de l'inexécution. Un texte général relatif aux arrhes aurait donc tout naturellement sa place dans la partie générale consacrée à l'exécution des obligations, au Livre III, Titre III, Chapitre III, dans la Section IV, intitulée : « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations » ; ceci serait logique puisqu'en définitive il s'agit d'une espèce de dommages-intérêts conventionnels.

A ce sujet, les codes étrangers n'ont pas à être imités. Le Code Fédéral des obligations traite des arrhes dans son article 1158 ⁽²⁾. Cet article se trouve dans le Titre (IV) intitulé : « Des Modalités des Obligations ». Après avoir étudié dans deux chapitres les obligations solidaires (Chapitre I) et les obligations conditionnelles (chap. II), le Code fédéral comporte un Chapitre III intitulé : « Des Arrhes, du Dédit, des Retenues de salaires et de la clause pénale. »

(1) Voir *supra*, p. 89.

(2) Cf. *supra*, p. 89 *bis*.

Si cette solution est plus satisfaisante que la nôtre elle n'échappe pas à tout reproche, à celui notamment d'avoir traité dans le même chapitre des matières très différentes.

Retenues de salaires, Arrhes, Clause pénale, sont des institutions sans grand rapport entre elles. On a l'impression que les rédacteurs du Code des obligations ont fait du chapitre III le réceptacle de tout ce qu'ils ne pouvaient caser ailleurs.

Le projet de Code franco-italien des obligations, range les arrhes dans le chapitre III qui traite des diverses espèces d'obligations et spécialement dans la Section VI intitulée : Des obligations avec clause pénale.

Les différences qui existent entre arrhes et clause pénale, sont telles qu'en bonne législation, il ne peut être question de les assimiler.

En outre, la distinction entre une variété et une modalité de l'obligation — encore que très subtile — ne nous semble pas correspondre à la réalité en France : Dans le seul cas où la question se pose — arrhes-dédit — ce qui est en effet caractéristique d'une telle obligation, c'est que, si elle est inexécutée, la sanction est toute prête, les parties ayant évalué à l'avance, l'étendue du préjudice causé à l'une par l'inexécution de l'autre; mais si elle est exécutée, elle ne diffère en rien d'une obligation ordinaire avec cette seule particularité que les parties se sont réservées mutuellement un temps supplémentaire de réflexion. S'il s'agit d'arrhes-acompte, elles constituent une simple garantie d'exécution. Dans l'un ou l'autre cas, c'est l'exécution seule du contrat qui est en cause; c'est donc dans la partie du Code, relative à l'exécution du contrat, que la matière des arrhes a sa place.

VU,
Le Président :
HAMEL.

VU,
Le Doyen :
Edgard ALLIX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

Note. — Les numéros entre parenthèses indiquent pour chaque volume la place où la matière des arrhes a été traitée.

1. OUVRAGES

- ACCARIAS. — Précis de Droit Romain, 1891 (II, 411).
- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édition, 1897-1922 (IV, § 363; V, § 349).
- BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — De la Vente (n^{os} 80, 84, 85, 87).
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Du Louage (I, n^{os} 195, 196, 209).
- BEUDANT. — Contrats et Obligations. Vente et Louage (n^o 312).
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. — Traité des Droits d'Enregistrement, de Timbre et d'Hypothèque (III, n^o 2054).
- CAPITANT. — Vocabulaire juridique (v^o Arrhes).
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français (II, p. 432).
- DELVINCOURT et FAVARD. — Cours de Code civil (III, pp. 143 et 363).
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil (VII, n^o 11 *bis*).
- DEMOGUE. — Traité des Obligations (VI, n^o 448 et suivants).
- DOMAT. — Les Lois civiles dans leur ordre naturel. Du contrat de vente (II, Sect. IV, n^o 5).
- DURANTON. — Cours de Droit civil français suivant le Code civil (XVI, n^o 50).
- DUVERGIER. — De la Vente (I, n^{os} 134, 135, 140); Du Louage (I, n^{os} 49, 51).
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil (XIV, pp. 115 et 189).
- GIRARD. — Manuel de Droit Romain (pp. 164 et 577).
- GUILLOUARD. — Traité de la Vente et de l'Echange (n^o 20 et suivants); Traité du Louage (I, n^o 42).
- HUC. — Commentaire du Code civil (X, n^o 33).

- JOSSERAND. — Cours de Droit civil positif français (II, n° 1067 et suivants).
- LAROMBIÈRE. — Des obligations (II, 24, art. 1183).
- LAURENT. — Principes de Droit civil (XXIV, n° 27; XXV, n° 41); Supplément aux Principes de Droit civil (VI, p. 356).
- MALLEVILLE. — Analyse raisonnée de la discussion du Code civil (II, p. 319; III, p. 360).
- MARCADÉ. — Explication du Code civil (VI, art. 1590).
- MERLIN. — Des petits contrats. Du Louage (1714, n° 4); Répertoire de Jurisprudence (v° Arrhes).
- PLANIOL et RIPERT. — Traité théorique et pratique de Droit civil (X, Les Contrats civils, avec la collaboration de M. HAMMEL, 208).
- POTHIER. — Œuvres, éd. BUGNET. De la Vente (n° 497 et suivants).
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code civil, continué par DUVERGIER (XVI, p. 142 et suivantes).
- TROPLONG. — De la Vente (I, n°s 135, 137, 141); Du Louage (I, n° 124).

2. REVUES

- Dalloz*. Jurisprudence générale (Vente, n°s 332, 335); Supplément (éd. loc., 149). Recueil périodique et critique de jurisprudence.
- Jurisclasser Civil*, Sous l'article 1590 (Commentaire d'un arrêt du Tribunal de Clermont du 20 décembre 1920).
- Nouvelle revue historique de Droit français et étranger* (1913, p. 575 et suivantes).
- Revue trimestrielle de Droit civil* (1921, Commentaire de l'article 1715 Code civil).

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES

Introduction	1
Chapitre préliminaire. — Historique	3

Première Partie.

INTERPRETATION DES ARRHES

Généralités	17
Chapitre Premier. — Différentes fonctions des arrhes	21
Section première. — Fonction confirmatoire	23
§ 1 ^{er} . — Fonction de preuve	23
§ 2. — Fonction d'acompte	26
Section II. — Fonction de repentir	32
Section III. — Fonction de clause pénale	45
Section IV. — Caractère commun à ces différentes fonctions. — Significations profondes des arrhes	48
Chapitre II. — Interprétation jurisprudentielle des arrhes	53
Chapitre III. — Domaine d'application des arrhes	67
Section Première. — Arrhes-dédit et vente parfaite	68
Section II. — Arrhes-acompte et promesse de vente	79
Section III. — Arrhes et promesse de mariage	85
Chapitre IV. — Distinction des arrhes d'autres prestations intervenant à l'occasion de la conclusion d'un contrat	91
Section Première. — Distinction des arrhes et de quelques prestations	92
§ 1 ^{er} . — Les épingles	92

§ 2. — Les pots de vin et le pas-de-porte....	94
§ 3. — Le denier à Dieu.....	98
§ 4. — Les consignations remises aux officiels ministériels dans les adjudications immo- bilières	102
§ 5. — Les provisions d'avocat	105
Section II. — Caractéristiques des arrhes.....	107

Deuxième Partie.

MECANISME DES ARRHES

Généralités	111
-------------------	-----

TITRE PREMIER

Les arrhes. — Dédit	113
Chapitre Premier. — Nature de la stipulation d'arrhes	115
Chapitre II. — Nature juridique des arrhes-dédit	125
Section Première. — Théories aboutissant à une trans- formation de la nature du contrat principal sous l'in- fluence d'une stipulation d'arrhes	126
§ 1 ^{er} . — Système de l'avant-contrat.....	127
§ 2. — Système du contrat conditionnel.....	133
Section II. — Théories faisant de l'obligation avec ar- rhes une obligation pure et simple.....	137
§ 1 ^{er} . — Arrhes et clause pénale.....	138
§ 2. — Obligation avec arrhes et obligation al- ternative	149
§ 3. — Obligation avec arrhes et obligation facultative	151

Section III. — Théorie de la résiliation unilatérale.....	153
§ 1 ^{er} . — La clause de dédit.....	155
§ 2. — Résiliation unilatérale du contrat.....	158
Chapitre III. — Relations juridiques entre celui qui donne des arrhes et celui qui les reçoit.....	165
Section Première. — Délai pendant lequel la faculté de débit peut être exercée.....	166
Section II. — Différentes solutions possibles.....	173
§ 1 ^{er} . — Le contrat est maintenu.....	173
§ 2. — Le contrat est résilié.....	174
§ 3. — Le contrat est inexécutable.....	176.
Section III. — Droits du créancier de l'obligation inexé- cutée.....	177

TITRE II.

Les arrhes confirmatoires	183
Chapitre Premier. — Les arrhes-acompte	185
Section Première. — Nature juridique.....	185
Section II. — Relations juridiques entre celui qui verse les arrhes et celui qui les reçoit.....	189
Chapitre II. — Les arrhes-preuve	193
Section Première. — Nature juridique.....	193
Section II. — Relations juridiques entre celui qui donne des arrhes et celui qui les reçoit.....	200
Appendice. — Les arrhes en droit fiscal.....	203
Conclusion	207

Imprimerie GEORGES SUBERVIE
